

EL CONTRATO DE SERVICIOS: EL DERECHO DEL CLIENTE A DESISTIR DE FORMA UNILATERAL¹

Iris Beluche Rincón

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: A partir de la propuesta académica de regulación del contrato de servicios que, en el ámbito europeo, plasma el *Draft Common Frame of Reference*, el objetivo esencial de este trabajo es proponer *de lege ferenda* una regulación estatal del derecho de desistimiento unilateral del cliente en este tipo contractual general. Tras una previa y necesaria conceptualización y caracterización de esta pretendida categoría genérica «contrato de servicios», después de una breve revisión de la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* en la Teoría General de las Obligaciones y su clara diferenciación con el singular derecho de desistimiento del consumidor, se sugiere una posible reglamentación del derecho del cliente a la ruptura unilateral del contrato, que da continuidad a las previsiones del Borrador de Anteproyecto sobre el contrato de servicios en el que la Comisión General de Codificación ha trabajado.

ABSTRACT: *This paper contains a de lege ferenda set of rules on the unilateral right to terminate a contract of services. The proposal is based on the concept and rules on the contract of services delineated in the Draft Common Frame of Reference. From a domestic point of view, the paper focuses on the rules to be adopted by the state in order to coordinate the solutions to be found among the autonomous regions of Spain and it tries to further the provisions of the Preliminary Draft about the contract of service in which our Civil Law Commission (Comisión General de Codificación) had been working. The paper begins with a preliminary conceptualization and characterization of the category of «service contract». It afterwards turns to a brief review of the right of unilateral termination *ad nutum* in the General Theory of Obligations, in order to make clear the differences between it and the consumer's right to terminate a contract of services. On these bases, the paper finally suggests a plausible regulation of the consumer's right to unilaterally terminate a contract of services.*

PALABRAS CLAVE: Contrato de servicios. Cliente. Prestador del servicio. Derecho de desistimiento unilateral. Derecho de los consumidores. Resolución por incumplimiento. Notificación. Buena fe. Preaviso. Indemnización de daños.

KEY WORDS: *Service contract. Client. Service Provider. Unilateral Right to terminate. Consumer law. Termination for non-performance. Notice. Good faith. Period of notice. Damages.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENÉRICO. 3. NOTAS SOBRE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. 4. EL «SINGULAR» DERECHO DE DESISTIMIENTO DE LOS CONSUMIDORES & DESISTIMIENTO *AD NUTUM* DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS. 5. DESISTIMIENTO UNILATERAL Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO 6. EL DERECHO DEL CLIENTE A DESISTIR DEL CONTRATO DE SERVICIOS. 6.1. *Atribución legal al cliente del derecho a una ruptura unilateral del contrato de servicios: posibles fundamentos* 6.2. *Exigencias a las que debe ajustarse el ejercicio del derecho de desistimiento por el*

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «El contrato de servicios: hacia una nueva regulación en el marco del Derecho Europeo» (DER 2013-44620-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos investigadores principales son J. CAFFARENA LAPORTA Y M.J. SANTOS MORÓN.

cliente: notificación y preaviso 6.3 Consecuencias del desistimiento unilateral del cliente: deberes de liquidación e indemnización de daños al proveedor 6.4. ¿Quid si el cliente es un consumidor? 7. EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestra doctrina, ya desde hace tiempo, nadie pone en cuestión la conveniencia de actualizar las centenarias reglas del Código Civil en materia de derechos de obligaciones y contratos²; pero, en concreto, la necesidad de regular de manera completa y sistemática el denominado contrato de servicios es acuciante, dado que en el Código sólo disponemos de una escasa, obsoleta, incluso tácitamente derogada, regulación del arrendamiento de servicios que es definido en el artículo 1544 CC³ y reglamentado en las disposiciones de los artículos 1583 a 1587 CC.

Este deficiente régimen legal codificado⁴, unido a la creciente importancia del sector servicios en el actual entramado económico y de empleo⁵, hace que sea más que deseable que el legislador nacional le preste de nuevo su atención, dotándole de una adecuada regulación jurídica general que permita atajar los problemas comunes que

² Véase por todos A.M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, p. 28.

³ Artículo 1544 CC: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». Como puede observarse, esta disposición se limita a definirlo como la prestación remunerada de un servicio; pero tras calificar lo que puede entenderse por una relación jurídica de servicios, no proporciona ningún resultado positivo en relación al régimen legal aplicable a dicho negocio jurídico (En este sentido P. DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *www.Indret.com*, 3/2008, p. 3 y J.RIBALTA HARO, *Derecho europeo de los contratos, Libros II y IV del Marco común de Referencia*, Tomo II, coord. por A. Vaquer, E. Bosh Capdevila y M.P. Sánchez González, Barcelona, 2012, p. 1095).

⁴ Al que se añaden dispersas leyes especiales sectoriales que regulan en particular concretos contratos de servicios, intentando atajar sus problemáticas específicas: v. gr. prestación de servicios de reparación en talleres, servicios postventa, servicios de la sociedad de la información, servicios financieros, etc.; sin olvidar, por otra parte, el ámbito del consumo, en el que el TRLGDCU (RDL 1/2007 modificado por ley 3/2014) incorpora una definición de contrato de servicio (artículo 59 bis) y dispone algunas reglas particulares de aplicación a los consumidores de determinados servicios (v. gr. artículos 62.3 y 74.4).

⁵ La importancia económica de los servicios dentro de la Unión Europea es muy grande, estimándose que son el motor de crecimiento ya que representan un 70% del PIB y de los puestos de trabajo de la mayoría de los Estados miembros; concretamente, en España representan el 66,7% del PIB y el 66,2% del empleo total (datos recogidos por P. DE BARRÓN ARNICHES, «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español», *BMJ* nº 2134, septiembre 2011, p. 3). Parece claro, atendiendo a las cifras aportadas por la Comisión Europea, que el sector servicios (Sector Terciario) ha superado con mucho a los Sectores Primarios (Agrario y Extractivo) y Secundario (Industrial o Transformador), lo que convierte al contrato de servicios en el epicentro de la reforma del Derecho Europeo de Obligaciones y Contratos (ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «Contrato de servicios», en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 15 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, pp. 604-605; y ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., *El contrato de servicios*, p. 2, *www.notariosyregistradores.com*).

presentan este tipo de contratos. Es necesaria una «parte general» a la que reconducir todos los contratos de servicios que no estén dotados de una específica disciplina.

Decimos que ha de prestársele atención «de nuevo» porque somos conocedores del malogrado, en 1994, Proyecto de Ley de modificación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra⁶. Desde entonces no han existido propuestas legislativas firmes en esta materia. La Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación presentó en 2009 una amplia Propuesta de Anteproyecto de Ley para la reforma del Libro IV del Código Civil sobre obligaciones y contratos⁷, pero obvió llevar a cabo una regulación específica de este contrato de servicios; con posterioridad, sin embargo, ha trascendido un oficioso Borrador de Anteproyecto sobre el contrato de servicios en el que la Comisión ha trabajado⁸.

En el ámbito autonómico (concretamente, en Cataluña) sí han sido publicados proyectos «académicos» de regulación⁹, que son modernas propuestas que siguen la, también «académica», senda europea armonizadora del derecho contractual plasmada en el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR), cuyo Libro IV.C reglamenta de forma completa y sistemática el contrato de servicios¹⁰.

Pues bien, en este escenario, las citadas propuestas deberían servirnos de referencia para la elaboración de la tan anhelada normativa estatal que fije reglas generales aplicables a estos numerosos contratos que, en la actualidad, en gran medida, son atípicos y están regulados por los acuerdos de las partes.

Como punto de arranque del análisis nos detendremos en un intento de conceptualización y caracterización de esta amplia categoría que congrega figuras contractuales muy heterogéneas para, una vez vistos sus rasgos esenciales, proponer a

⁶ Proyecto de Ley 123/000043, BOCG de 12 de abril de 1994. Puede verse el Proyecto y las Ponencias sobre la reforma del Código Civil presentadas en 1995 en las Jornadas de la APDC en J.GONZÁLEZ GARCÍA, J (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, 1996 (concretamente, la ponencia sobre el contrato de servicios estuvo a cargo de López y López, A. p. 27 y ss.).

⁷ Boletín de información, año LXIII, Madrid, enero de 2009.

⁸ El texto del borrador en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm>

⁹ Estos proyectos son el fruto de la comisión de trabajo creada en 2009 a los efectos de incorporar una regulación del contrato de servicios al libro VI del Código Civil catalán. Puede verse, E.ARROYO I AMAYUELAS, «Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu», J.FERRER I RIBA, «Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte», Y.CUESTA, «Què esperem d'una nova regulació dels serveis?» (ponencias pronunciadas en las XVI Jornadas de Dret Català en Tossa, 23-24 septiembre 2010, en <http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/index.htm>).

¹⁰ Nótese que, proveniente del DCFR, hay una *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (Bruselas, 11.10.2011/COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD), que contempla los que denomina «servicios relacionados», esto es, aquellos que se refieren a servicios vinculados a una compra-venta que han realizado las partes y a servicios de suministro de contenidos digitales.

continuación, y como objetivo esencial de este trabajo, una norma que, dentro de un hipotético régimen común del contrato de servicios, regule el derecho del cliente a desistir del contrato. Nos plantearemos si, en una regulación uniforme para los contratos de servicios en general, debería atribuírsele al cliente tal facultad de desistir de manera unilateral del contrato, esto es, si ha de tener derecho a poner fin a la relación contractual y, en su caso, con qué presupuestos de ejercicio y con qué efectos, fundamentalmente indemnizatorios. Es una cuestión que, por su gran trascendencia práctica al ser fuente de numerosos pleitos, no debería obviarse en ese eventual régimen uniforme. Piénsese que, como regla, las relaciones contractuales de servicios son prolongadas en el tiempo, de tracto sucesivo con frecuencia, y comportan, durante el habitualmente indeterminado periodo de su vigencia, una constante interrelación entre las partes para lograr la mejor satisfacción del cliente, en cuyo primordial interés se realiza la prestación del servicio; por ello, no es infrecuente que en este dinámico proceso nazcan discrepancias, o que el cliente pierda la confianza que le llevó a contratar con el profesional, o que surjan celos que motiven la voluntad del prestatario de acabar con la vinculación, o, simplemente, que el cliente cambie de parecer y ya no desee que se le continúe prestando el servicio ¿Ha de poder hacerlo? ¿Con qué requisitos? ¿Con qué consecuencias económicas?

Pensamos, *a priori*, que un derecho tal del cliente a poner fin al servicio no sería extraño en nuestro Ordenamiento, donde legalmente, aunque de manera fragmentaria y con una gran imprecisión terminológica, ya se concede la facultad (en ocasiones, a ambas partes) de terminar la relación obligatoria mediante una actuación voluntaria y libre que no tiene que encontrar justificación en causa especial alguna¹¹. Será necesario, sin embargo, realizar un acercamiento a este, mayoritariamente denominado, desistimiento unilateral¹² de la Teoría General del Derecho de Obligaciones para pronunciarse sobre si puede fundamentarse que este derecho juegue en el ámbito común de los contratos de servicios y, de serlo, cuáles serían —sobre todo— sus consecuencias económicas, habida cuenta de que las reglas de los

¹¹ Así, el artículo 1594 CC, en sede de contrato de obra, prevé expresamente el derecho del dueño a desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la misma; en el contrato de sociedad, los artículos 1700.4º y 1705 CC, reconocen el derecho a desistir unilateralmente como herramienta que permite a los contratantes desvincularse de una relación constituida por un plazo indefinido; respecto al depósito, el artículo 1775 CC faculta al depositante a poner fin al mismo; en materia de mandato, los artículos 1733 y 1736 CC —empleando los términos renuncia y revocación— contemplan la posibilidad de resolución unilateral del contrato tanto para el mandante como para el mandatario. Sin olvidar que, en materia de consumo, el artículo 62 del TRLGDCU contempla el derecho del cliente-consumidor a poner fin a los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, prohibiéndose toda cláusula que limite u obstaculice el ejercicio de este derecho, e impidiéndose que el consumidor que lo ejercite soporte sanciones o cargas onerosas desproporcionadas (tras la Ley 3/2014, el nuevo párrafo 4º del artículo 74 TRLGDCU precisa que «*en caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado*»).

¹² Aunque en el mundo de los negocios y en la práctica jurídica, manifiesta L. DÍEZ-PICAZO, es frecuente utilizar también la expresión *denuncia*, y los autores italianos hablan de *receso de la relación obligatoria* (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Cizur Menor, 2008, p. 1086).

contratos para los que se contempla esta facultad de desistimiento disponen efectos indemnizatorios dispares.

Asimismo, convendrá detenerse en que, pese a las claras divergencias conceptuales entre este modo de extinción de la relación contractual y la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 CC, en estos contratos de servicios, en ocasiones, el desistimiento del cliente puede conducir una pretensión de resolución por incumplimiento del prestador.

Será necesario reflexionar, en última instancia, sobre si el régimen jurídico del derecho de desistimiento del cliente, diseñado dentro del eventual régimen común del contrato de servicios, debería verse alterado cuando en él concurre además la condición de consumidor; ello, teniendo en cuenta que ya la legislación especial prevé y reglamenta el derecho del usuario a terminar la relación obligatoria en determinados contratos de servicio. ¿La doble condición de cliente y consumidor debería contemplarse expresamente en el régimen común del desistimiento del cliente a los efectos de modificar el mismo?

2. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENÉRICO

De *lege lata*, en el Ordenamiento civil español no puede hablarse de «contrato de servicios» como tipo contractual general. Como ya ha quedado reflejado, el Código Civil de forma muy exigua (con las escasas disposiciones de los artículos 1583 a 1587 CC, consideradas, incluso, derogadas¹³) disciplina el incorrectamente denominado «arrendamiento de obras y servicios»¹⁴, y en absoluto puede establecerse un

¹³ Ya en este sentido, J.A. TORRES LANA afirmaba que la Sec. I del Tít. III del Lib. IV del CC constituye una buena muestra de una normativa arcaica, absolutamente desfasada de la realidad actual; es posible poner en tela de juicio la vigencia de la sección entera; no cabe duda de que sus normas han sido superadas en todos los aspectos: políticos, jurídicos y sociales. Sin embargo, los artículos que la integran siguen ahí; no han sido objeto de derogación expresa. Se nos dice que el propio enunciado de la Sección («*Del servicio de criados y trabajadores asalariados*») parece reducir su ámbito de aplicación a las relaciones laborales domésticas, lo que de suyo supondría —consolidado el Derecho del trabajo como ordenamiento sectorial con pretensiones de monopolizar la regulación de las relaciones laborales— vaciar su contenido. No obstante, constata que este tipo contractual, pese a las muchas deficiencias que presenta su regulación, mantiene su vigencia hoy en día dando entrada a buena parte de los servicios prestados por profesionales liberales (Véase «Artículo 1583», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1170-1171).

¹⁴ De forma generalizada, en los países europeos cuyos procesos codificadores bebieron de la fuente del Código Civil napoleónico, esta categoría contractual se definió bajo la denominación de «arrendamiento» pero, tanto en la mente de los legisladores como en las distintas corrientes jurídicas europeas, nunca existió la concepción de que el contrato de servicios fuera un tipo o una modalidad contractual inmersa en la figura del arrendamiento. La explicación del fenómeno es puramente histórica: al proceder a la definición del contrato de servicios, el legislador napoleónico siguió la institución romana en la que éste resultaba englobado: la *locatio conductio* romana, institución de gran amplitud que subsumía en su contenido la figura del arrendamiento en sentido amplísimo. Ya en el siglo XIX, la pandectística alemana puso de manifiesto la inadecuación que ello suponía; el arrendamiento, incluso con anterioridad al proceso codificador, ya poseía un contenido muy concreto: la entrega de la cosa para su uso o disfrute

paralelismo con esta pretendida categoría contractual general. Por ello, desde hace tiempo la doctrina reitera las carencias de esta regulación y propugna, como sentir común, la necesidad de definir y reglamentar una categoría específica de contratos de servicios. A tal interés respondió, en 1994, el Proyecto de Ley 121/43 de 12 de abril que, como afirma E. Cordero Lobato, pretendía, precisamente como uno de los grandes temas de la proyectada reforma, el establecimiento de una regulación autónoma para este tipo contractual¹⁵. Fracasado el Proyecto, no han existido en nuestro país otras propuestas legislativas en firme, pero están en curso en el ámbito estatal trabajos prelegislativos que está llevando a cabo la Comisión General de Codificación —de los que después daremos cuenta—, así como algunos estudios autonómicos que responden a la pretensión de incorporar la regulación de este tipo contractual al Código Civil catalán¹⁶.

Los «servicios» sí son, como manifiesta E. Arroyo Amayuelas¹⁷, contemplados por el Derecho Comunitario, aunque con frecuencia en sus normas rige la lógica del mercado y los servicios son considerados una categoría económica: «servicio» es cualquier *actividad económica* por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración¹⁸. No obstante, algunas normas comunitarias sí se han detenido en el

por un tiempo determinado a cambio de un precio cierto —art. 1543 CC— (J.F. ORTEGA DÍAZ, «Hacia un concepto clarificador de servicio. el contrato de servicios como tipo contractual general», *RCDI*, 2008, p. 223).

Sobre la recepción del modelo romano de la *locatio conductio* en el arrendamiento de obras y servicios del Código Civil español puede verse F.G. SEVERÍN, *Los contratos de servicio: su construcción como categoría contractual y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Tesis doctoral inédita UAM 2014, p. 45 y ss (Puede verse en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/660666>).

¹⁵ «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», *RDPr*, 1995, p. 876. Recuérdesse que este —abortado— Proyecto de Ley de 1994 en su propia Exposición de Motivos expresaba que, más allá de la necesidad de adecuar la impropia terminología abandonando para ello la denominación «arrendamiento de obras y servicios» por la de «contrato de servicios y contrato de obras», debía dotarse *ex novo* al —huérfano— contrato de servicios de una regulación, siendo la primera tarea a realizar una conceptualización de estos contratos. Contratos —nótese— para los que la fallida reforma utilizaba la distinción (que en la actualidad parece querer superarse) entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado; aunque ciertamente ya algunos de sus comentaristas consideraran que (concretamente, ante la problemática planteada en el desistimiento unilateral) quedaba «la duda de si no hubiera sido mejor regular las prestaciones de servicios saliendo del angosto marco de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, considerando en este punto al menos al servicio ya prestado como un cierto resultado (A. LÓPEZ Y LÓPEZ, «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra*, coord. Por J. González García, Jaén, 1996, p. 46).

¹⁶ Véase nota nº 9.

¹⁷ «Configuració...», cit., p. 3.

¹⁸ Véase artículo 50 de la Directiva 2006/123/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (Directiva transpuesta al Derecho español por Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y completada por la Ley 25/2009, de 22 de noviembre, de libre prestación de servicios). No obstante, este Derecho comunitario, afirmaba P.DE BARRÓN ARNICHES —antes de la transposición—, constituye un instrumento de integración de la inexistente regulación civil española sobre contratos de servicios; el juez español puede y debe interpretar el Derecho de Obligaciones a la luz del Derecho comunitario, acudiendo a esta Directiva si lo estima necesario o conveniente para, por ejemplo, imponer a los profesionales o empresarios que

«contrato de servicios» desde la perspectiva de derecho privado, impulsando incluso en el Ordenamiento español algunos avances en la conceptualización de este tipo contractual¹⁹.

Pero es, sin duda, el ámbito académico europeo —de donde proviene el mayor empuje que recibe el contrato de servicios²⁰— el que nos aporta más datos a los efectos de poder calificar los servicios desde la lógica jurídica. En las labores de armonización en Europa del Derecho contractual, los redactores de los *Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC)*, publicados en 2007, propusieron una normativa común para los así calificados contratos de servicios²¹; una reglamentación a la que da continuidad en contenido y metodología el Libro IV-C del Marco Común de Referencia²². El DCFR — en el que persisten las inquietudes de la doctrina europea sobre la necesidad de crear y regular una categoría específica de contrato de servicios y que, de momento, como afirma P. De Barrón Arniches, puede incluso servir para rellenar el vacío legal—²³ lo define de manera muy sencilla²⁴:

«[E]s un contrato en virtud del cual una de las partes, el prestador de servicios, se compromete a prestar un servicio para la otra parte, el cliente»²⁵

Y lo reglamenta en el Libro IV (*Contratos específicos y derechos y obligaciones derivados de ellos*) Parte C (*Servicios*), que, como dispone el artículo 1:101 (*ámbito de aplicación*):

«[...] se aplica:

a) a los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el prestador de servicio, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio;

prestan sus servicios en España la observancia del deber de información que refiere su artículo 22 («Cuestiones...», cit., p. 5).

¹⁹ Así, la nueva redacción del TRLGDCU (RDL 1/2007 modificado por la ley 3/2014 que transpone la Directiva 2011/83/UE) incorpora una definición de contrato de servicios (artículo 59 bis: «*Todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio*»).

²⁰ Dentro de la que parece ser la tendencia de reducir a dos los tipos contractuales: compraventa y contrato de servicios (A. VAQUER ALOY, «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, 2012, p. 424).

²¹ M. BARENDRECHT, JANSEN, C., LOOS, M., PINNA, A., CASCAO, R., VAN GULIJK, S., *Principles of a European Law: Service Contracts (PEL SC)*, Munich, 2007.

²² RCE, 2009, nº 100. <http://vlex.com/vid/574446028m>. El DCFR ofrece una regulación que podría ser considerada el derecho de los contratos de servicios para Europa. Su perspectiva, como manifiesta E. ARROYO I AMAYUELAS, es innovadora porque proporciona una regulación autónoma del contrato de servicio que no se basa directamente en cada modelo nacional, aunque aquí radique la crítica principal de sus detractores («Configuració...», cit., p. 6).

²³ Véase *El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo*, Madrid, 2011, p. 12.

²⁴ Es -afirma F. G. SEVERIN- una mera definición tautológica (*Los contratos...cit.*, p. 242)

²⁵ DCFR [Annex I – Definitions], p. 566.

b) con las modificaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio.

2) Se aplica en particular a los contratos de obra, transformación-reparación, almacenamiento, diseño, información o asesoramiento y tratamiento médico.»

El contrato de servicios, como vemos, se define de manera muy genérica como aquella relación contractual en la que tiene lugar la prestación de un servicio a favor de otra parte a cambio de una remuneración, que no es esencial²⁶. Se configura así como una categoría negocial básica cuyo epicentro es la realización de una actividad por parte del sujeto obligado²⁷.

Se trata de un contrato en el que el servicio se realiza en el desarrollo de una actividad profesional o empresarial, que se sustenta en la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para realizar la tarea encomendada. Lo que constituye el objeto de la obligación para el prestador es la realización de una actividad que requiere una formación o unos conocimientos, y posiblemente también unos medios materiales y humanos. El proveedor de servicios —afirman los autores del DCFR— se obliga a llevar a cabo un trabajo de acuerdo con las necesidades e instrucciones concretas del cliente. El resultado de un servicio puede ser, aunque no tiene por qué serlo, una estructura tangible inmueble, un bien tangible mueble o un bien intangible²⁸.

Parece bastante claro, afirma F.G. Severín, que los contratos de servicio, en el modelo del DCFR, tienen por objeto una obligación *de hacer*: el prestador del servicio asume la

²⁶ Si bien «[c]uando el prestador de servicios es un empresario o profesional el contrato se presume oneroso, salvo indicación en contrario» (art. IV.C.-2:101). Este artículo, según sus propios autores, impone al cliente la obligación de pagar al proveedor un precio por el servicio profesional que éste ha aceptado prestar. Dependiendo del tipo de servicio, existen diversos métodos para determinar el precio que se ha de pagar: para algunos servicios es costumbre acordar el pago de un precio cerrado, en otros casos se puede pagar al proveedor según unos honorarios acordados (v. gr. una tarifa por hora), en ocasiones se acuerda que el pago esté condicionado a que se consiga el resultado y, también es posible, que las partes opten por no indicar un precio en el contrato (porque puede ser imposible determinarlo antes de la celebración del contrato). En este último caso, no se supone que el precio no exista; el proveedor tendrá derecho al pago del precio de acuerdo con la norma general del artículo 9:104 (determinación del precio) del Libro II, que dispone que se habrá de pagar el precio habitual dadas las circunstancias en el momento de la celebración del contrato, o, si no se estipula dicho precio, un precio razonable (ello dará lugar bien a un precio cerrado o calculado de acuerdo con la tarifa habitual). En todo caso, esta regla del art. IV.C.-2:101 es una norma supletoria, que las partes pueden anular en el contrato: una empresa puede aceptar prestar un servicio de forma gratuita, pero el mero hecho de que no indique ningún precio en el contrato no bastará para justificar la no existencia del mismo (VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Full Edition, Munich, 2009, v. 2, p. 1602 (El texto puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).

²⁷ E.VALPUESTA, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, 2011, p. 256.

²⁸ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1597.

ejecución de una tarea o la realización de un trabajo —«perform work»—, trabajo que debe realizar de acuerdo con las necesidades e instrucciones del cliente²⁹.

Son muchas y muy heterogéneas las modalidades de servicios englobables dentro de este tipo genérico. El DCFR refiere numerosos contratos que pueden ser calificados de servicios, a veces para excluirlos de su ámbito de aplicación: (artículo 1:102) contratos de transporte, seguros, constitución de garantías y suministro de productos o servicios financieros (excluidos porque se rigen por sus propias disposiciones, o porque son de naturaleza especializada y están, o es probable que estén, sujetos a normativas comunitarias, con frecuencia normas imperativas proteccionistas de los consumidores); en otras ocasiones, para regularlos de forma particularizada: (artículo 1:101.2) contrato de construcción, de mantenimiento y reparación de bienes, de depósito, de diseño y elaboración de proyectos, de información o asesoramiento y de tratamiento médico (a estos contratos, que son de más frecuencia y relevancia, son aplicables las normas generales sobre contrato de servicios, aunque oportunamente se modifican o matizan en los capítulos correspondientes); incluso, en algunas, para dotarlos de una regulación separada prevalente sobre las reglas generales: (artículo 1:103.a) contratos de mandato, agencia, franquicia o distribución (modalidades contractuales que conceptualmente son servicios, si bien desarrollados los tres últimos en el ámbito mercantil).

Con todo, hay otras modalidades de contratos de servicios que no se mencionan: v. gr. servicios de la sociedad de la información, servicios de investigación y desarrollo, servicios de formación y docencia, de publicidad, servicios editoriales y de imprenta, servicios de gestión de ocio y turismo, servicios de hostelería y restauración, servicios de limpieza, etc., que quedarían en principio vinculadas a las reglas generales, pudiéndose no obstante aplicar analógicamente, cuando ello sea posible, las reglas de las específicas modalidades contractuales.

Observamos, en suma, que los contratos de servicios son muy numerosos y muy diferentes entre sí, pero en todos ellos es contenido común la obligación de realizar una actividad por el prestador a favor del cliente.

Debemos destacar que en las disposiciones del DCFR se elimina la tradicional distinción entre contratos de obra y contratos de servicios³⁰, y no se tiene en cuenta (nominalmente) la diferenciación, en las obligaciones de hacer, de obligaciones de medios y obligaciones de resultado. El contrato de servicios se concibe (IV.C – artículo 2:106) como un contrato cuyo contenido principal es una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado (material o inmaterial), que bien puede haber sido

²⁹ *Los contratos...*, cit., p. 272.

³⁰ En este llamado «nuevo derecho de servicios» se incorporan elementos de estos dos grandes tipos contractuales genéricos (obra y servicios) a base de eliminar la especialidad de algunos tipos (v. gr. contratos con arquitectos, médicos, asesores financieros) y crear otros más abstractos que sólo tienen en cuenta categorías de actividad (v. gr. construcción, información). El DCFR diseña categorías «manejables» que no son exhaustivas (E. ARROYO I AMAYUELAS, «Configuració», cit., p. 7)

expresamente pactado y contemplado en el contrato (en cuyo caso habrá de ser conseguido para que haya cumplimiento), o bien sólo haber sido previsto pero no manifestamente declarado (en cuyo caso habrá cumplimiento si se produce el que razonablemente cupiera esperar)³¹.

En definitiva, el tipo genérico «contrato de servicios», tal y como se configura en el DCFR, es un contrato sinalagmático y naturalmente oneroso³² entre un profesional o prestador y un cliente³³, por el que aquél se obliga a llevar a cabo un trabajo de

³¹ IV.C-2:106:

1) *El prestador de un servicio debe lograr el resultado declarado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato, siempre que en caso de un resultado previsto pero no declarado:*

a) *Éste fuera tal que cabía razonablemente suponer que el cliente lo previera; y*

b) *El cliente no tuviese motivos para suponer que existía un riesgo considerable de no alcanzar el resultado estipulado.*

El deudor, en términos de C. CRESPO, se compromete siempre a una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado declarado o previsto, pero, tratándose de un resultado previsto, sólo pertenecerá al ámbito de protección del contrato el resultado final al que aspire el cliente, si aquél era el que razonablemente podía esperar; esto es, aquél que está en la mente de un cliente promedio razonable. De ahí que la exigencia que parece consagrar el DCFR de que todas las obligaciones de hacer sean de resultado se dulcifica a través del recurso de la razonabilidad, consiguiendo —a su juicio— que la diferencia con la tesis tradicional (obligación de medios/obligación de resultado) sea más bien terminológica («Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el derecho español y en el DCFR», en E. Bosch Capdevila [dir], *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, 2012, p. 584). Insiste C.CRESPO en que, aunque *a priori* la literalidad del IV.C-2:106 («*El prestador de un servicio debe lograr el resultado declarado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato*») parece desprenderse del tradicional binomio medios/resultado, los comentarios de los autores del DCFR que acompañan y explican este precepto ponen de manifiesto que ello no es así; en ellos, los redactores del texto europeo, tras enumerar y definir las obligaciones de medios y de resultado, afirman expresamente que no se puede optar por unas u otras para todos los contratos de servicios, pues debe adoptarse una solución más flexible que permita tener en cuenta las particularidades de cada tipo de servicio. Además, la mayor virtud del precepto no es sólo la consagración de la dicotomía, sino que trata de resolver uno de los principales problemas que suscita la distinción en la práctica: la determinación de cuándo el prestador del servicio ha comprometido un resultado concreto. El artículo IV.C-2:106 —afirma— proporciona criterios para determinar cuándo resulta exigible el resultado final al que aspira el cliente. Ello sucederá cuando se trate de un resultado declarado o, sin serlo, cuando fuera previsible por un cliente razonable; en los demás casos, el deudor compromete una obligación de medios que, por tanto, constituye la regla general de los contratos de servicio en defecto de pacto. Lo único que trata de aclarar el artículo IV.C-2:106 —deduce C.CRESPO— es *cuándo* el deudor de servicios debe un resultado, sin que pueda desprenderse de su opaco tenor literal que *siempre* daba uno («Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», www.indret.com, Barcelona, abril de 2013, pp. 16-29).

³² Como se desprende del art. IV.C 1:101 b) la onerosidad no forma parte del tipo porque se admiten contratos gratuitos. La gratuidad se ha de pactar de forma expresa y podrá ser especialmente tenida en cuenta en el momento de determinar la diligencia exigible [véase art. IV.C 2:104, 4 d)] y a la hora de valorar la razonabilidad de las expectativas del cliente en el resultado [IV.C 2:106 1 a]. En todo caso, aun cuando el contrato puede ser a título oneroso o lucrativo, —reiteramos— se presume [IV.C 2:101], en defecto de circunstancias modificativas, que si el prestador es un profesional o actúa a título empresarial lo hará a cambio de un precio. En definitiva, el contrato se configura como naturalmente gratuito si el proveedor no es un profesional y naturalmente retribuido en el caso contrario (Véase E.VALPUESTA, *Unificación...* cit. p. 262).

³³ Nótese que el DCFR no aporta los conceptos de prestador ni de cliente.

acuerdo con las necesidades e instrucciones concretas de éste. El prestador, persona física o jurídica, es quien realiza la tarea o trabajo en qué consiste el servicio, y lo hará en el desempeño de su actividad empresarial o profesional para la que estará necesariamente capacitado; y el cliente, persona física o jurídica, empresario o consumidor³⁴, que será la contraparte de la prestación de servicio³⁵; un servicio, trabajo, tarea o actividad consistente en una obligación de hacer dirigida a la obtención de un resultado que, pudiendo o no haberse declarado expresamente en el contrato, puede ser un bien tangible inmueble, un bien tangible mueble o un bien intangible³⁶. Trasladándonos ya al ámbito nacional, la Comisión General de Codificación (que en la Propuesta de Anteproyecto de Ley para la reforma del Libro IV del Código Civil sobre

³⁴ El DCFR no contiene disposiciones específicamente aplicables al cliente-consumidor. P.DE BARRÓN ARNICHES opina que el punto de partida es la presunción de que el cliente es consumidor; y ello, salvo que los términos del contrato o las circunstancias permitan entender que estamos ante una contratación entre empresarios (*El contrato de servicios...cit.*, p. 55).

³⁵ Ambas, celebrado el contrato, quedan vinculadas por una relación obligatoria en la que, en atención a la adecuada y correcta prestación del servicio, confluirán, entre otros, deberes de información, obligaciones de cooperación del cliente, deberes de cuidado y diligencia razonable del prestador, deberes de respeto y seguimiento de las órdenes del cliente en el desempeño del servicio y —el que será objeto de este análisis— el derecho del cliente a dar por terminada la relación contractual en cualquier momento (art. IV.C-2:101 al IV.C-2:111 DCFR)

³⁶ Recuérdese que hay una *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* de 2011 (Bruselas 11.10.2011/ COM (2011) 635 final) que contempla los que denomina «servicios relacionados». Según su artículo 2.m, son «servicios relacionados: cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales; con exclusión de i) los servicios de transporte, ii) los servicios de formación, iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; y iv) los servicios financieros». Nótese que se trata de una regulación con carácter fundamentalmente instrumental como se pone de manifiesto en el Considerando nº 19 de la Propuesta: «[C]on vistas a maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea, conviene que su ámbito de aplicación material incluya asimismo determinados servicios prestados por el vendedor que están directa y estrechamente relacionados con los bienes o contenidos digitales específicos suministrados sobre la base de dicha normativa y que, en la práctica, suelen combinarse en el mismo contrato o en un contrato vinculado celebrado al mismo tiempo, como, por ejemplo, servicios de reparación, mantenimiento o instalación de los bienes o los contenidos digitales. No obstante, podría pensarse que el régimen jurídico de los servicios relacionados regulados en la Propuesta (artículos 147 a 158) contienen las bases para la construcción de un régimen jurídico que pudiera ser de aplicación a cualquier contrato de servicios.

Como ejemplos de servicios relacionados, A. VAQUER ALOY menciona los servicios de alojamiento web, de composición e impresión de álbumes fotográficos digitales, de protección antivirus con actualizaciones, de almacenamiento de datos en nubes o servidores, aplicaciones para teléfonos móviles, accesos a bases de datos, son algunos ejemplos que entran dentro del concepto de servicios digitales. A su juicio, se trata de una regulación muy parcial, sin sistematicidad, sólo para un número limitado de servicios, que no aporta a esta categoría contractual una regulación de mínimos, ni permite extraer la definición o los caracteres definitorios mínimos del contrato de servicio. («Contrato de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general» en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, dir. S. CAMARA LAPUENTE, Cizur Menor, 2012, p. 429, 450-451).

obligaciones y contratos de 2009 no reguló el contrato de servicios³⁷) ha elaborado un Borrador de Anteproyecto sobre el contrato de servicios que hemos conocido en 2013³⁸.

Uno de los ejes básicos sobre los que se articula tal Borrador de Anteproyecto parece ser la pretensión de llevar al Código Civil el núcleo de una regulación general del contrato de servicio, inspirada en las propuestas europeas, que conduzca a una normativa común o, cuando menos, armonizada; una reglamentación de naturaleza dispositiva, cuyas reglas tengan carácter de derecho supletorio de aquellos contratos de servicios que gozan de regulación propia³⁹.

Siguiendo la senda de la propuesta del DCFR, el contrato de servicio es definido en este borrador de forma genérica y omnicomprendiva de todas las prestaciones de servicio (excluyéndose de forma explícita al contrato de trabajo⁴⁰) generalmente prestadas a cambio de una retribución que, no obstante, no constituye un elemento esencial del contrato:

Artículo 1581 CC (Borrador): *Ámbito del contrato y carácter de las normas*

«1. Las disposiciones del presente capítulo serán aplicables a los contratos en los que una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una retribución.»

³⁷ Ello no impediría, como manifiesta P.DE BARRÓN ARNICHES, que de consolidarse la Propuesta algunos contratos de servicios se vieran afectados por ella en la medida en que les serían de aplicación ciertas reglas de la Teoría General del contrato («El contrato de servicios...», cit., p. 4).

³⁸ En <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm> puede verse el texto del Borrador de Anteproyecto que en junio de 2011 ha elaborado la Sección 1ª (ponente: J.CAFFARENA LAPORTA) sobre un nuevo Título VI del Libro IV CC que, bajo la rúbrica «Del Contrato de Servicios», en su capítulo 1 («Disposiciones generales») da una nueva redacción a los artículos 1581 al 1592 CC. Este texto «privado» del borrador ha sido dado a conocer por J.A. ESCARTÍN quien, partícipe y ponente en la Comisión de otra materia (contrato de obra), ha tenido ocasión por ello de conocer los debates de la Sección 1ª de la Comisión (presidida por el Profesor L. Díez-Picazo) sobre la ponencia del contrato de servicios presentada por el profesor J. Caffarena.

³⁹ Ampliamente J.A. ESCARTÍN, *El contrato de servicios*, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm>, p. 11. También en: ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «Contrato de servicios», en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, cit., pp. 607-608.

⁴⁰ También en el DCFR se excepcionan las relaciones laborales porque, como justifican sus propios autores, los contratos laborales plantean cuestiones sobre la protección de los empleados con un alto contenido político, además de tener muchas características y particularidades concretas que dificultaría la aplicación de las normas generales sobre contratos de servicio (Comentario al IV.C.1:102: Servicios. Excepciones, VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v.2, cit., p. 1600).

Sobre la no siempre fácil delimitación entre el contrato de servicios y el contrato de trabajo, se ha afirmado que, para la jurisprudencia [STS de 12 de abril de 1996, Sala de lo Social (RJ 1996/3075)], lo que resulta verdaderamente decisivo para calificar una determinada relación contractual como laboral o como civil es el carácter realmente dependiente o no de la actividad realizada; aunque para la apreciación de lo que deba entenderse por dependencia a veces se utilice un criterio amplio —en el que el más mínimo atisbo de sometimiento inclina la decisión del tribunal a favor del contrato de trabajo— mientras que en otras se mantiene un criterio más restrictivo (Véase F. MORILLO GONZALEZ, «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *Aranzadi Civil*, 1999-I, p. 1629).

2. *Estas disposiciones tendrán carácter supletorio en los contratos de obra y de depósito y en aquellos otros que tengan una regulación especial.*
3. *Los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación.*
4. *Salvo disposición en contrario, las partes pueden excluir la aplicación de las presentes disposiciones o modificar sus efectos; pero si el cliente fuera un consumidor, será aplicable la legislación específica sobre la materia.»*

Artículo 1582 CC (Borrador): *Retribución*

«Salvo acuerdo en contrario, quien presta un servicio tiene derecho a una retribución. Si el contrato no hubiere fijado la retribución ni el modo de determinarla, se fijará según los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido, o que resulten del tipo de contrato, o de los usos y, en su defecto, los criterios de mercado en el momento de la celebración del contrato. Si otra cosa no deriva del contrato o de los usos, la retribución será exigible una vez que el servicio se haya prestado.»

Como vemos, el contrato de servicio se califica con un amplio concepto en el que tienen cabida todas las relaciones contractuales entre particulares (salvo el contrato de trabajo, que se exceptiona y remite a su propia legislación) en las que una parte —empresario o prestador profesional— se obliga frente a otra —receptora, consumidor o no— a la prestación de un servicio a cambio de una retribución que no es esencial⁴¹. Una amplitud conceptual que parece guiar también la voluntad de crear una única categoría genérica omnicomprendensiva de contratos que tienen por objeto una prestación de hacer que supere la tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado⁴²; se pretende salvar la —casi correlativa— diferenciación entre contrato de servicio, entendido como aquél en el que se promete una actividad en sí misma, y contrato de obra, aquél en el que se asume la obligación de producir un resultado. La contraposición contrato de obra y contrato de servicio, base del frustrado Proyecto de Ley de 1994 por el que se modificaba la regulación del CC sobre los

⁴¹ Esta configuración se aparta de aquella, defendida en la doctrina por P.DE BARRÓN ARNICHES y acogida en el frustrado Proyecto de Ley de 1994, conforme a la que el contrato de servicios ha de ser esencialmente oneroso, argumentándose en su favor que el pago del precio fundamenta las exigencias de responsabilidad al profesional o empresario y mantiene la equivalencia de las prestaciones de las partes (Véase *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco común de Referencia*, Tomo II, coord. por A. Vaquer, E. Bosh Capdevila y M.P. Sánchez González, Barcelona, 2012, p. 1155).

⁴² Como afirma P. DE BARRÓN ARNICHES, la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado «empieza a ser algo evanescente, por cuanto, entendemos, hoy en día la obligación de hacer de cualquier prestador del servicio es de medios, en tanto que ha de desplegar su actividad con una pericia y diligencia concretas empleando los medios adecuados para ello y adoptando las precauciones necesarias. Además, dicha prestación en todo caso puede ser enjuiciada desde la perspectiva del resultado, entendido como objetivo concreto y razonable que le cliente puede esperar obtener» («Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. por E. Bosch Capdevila, 2009, p. 488). Que la prestación pueda ser enjuiciada desde la perspectiva del resultado no debe erróneamente confundirse, a nuestro juicio, con la idea de que estemos ante una obligación de resultado en el sentido tradicional. El resultado u objetivo concreto que el cliente puede esperar obtener no será, en muchas ocasiones, más que una actividad diligente.

contratos de servicio y de obra⁴³, se desvanece frente a un único tipo contractual que englobe, exceptuando las prestaciones laborales, las muy numerosas prestaciones de hacer.

En definitiva, parece que de la actual situación en la que únicamente existen categorías jurídicas autónomas para los contratos que implican prestaciones de hacer se pretende evolucionar a un género común de contrato de servicio⁴⁴. Este tipo genérico comprenderá todos los contratos en los que una de las partes —que podrá ser profesional, empresario, trabajador autónomo o persona diferente— se obliga frente a la otra —un cliente o receptor del servicio, en quien puede concurrir, o no, la condición de consumidor o usuario— a prestar un servicio mediante retribución o sin ella (la remuneración es elemento natural pero no esencial). Como afirma M.J. Vaquero Pinto, el objeto de la obligación es lo que permite identificar los contratos de servicios, que se caracterizan porque la prestación que debe realizar uno de los contratantes consiste, fundamentalmente, en el despliegue de cierta actividad, material o intelectual⁴⁵. Y desde esta categoría genérica definida por el objeto la prestación, atendiendo a las particulares notas que cualifiquen la actividad, podrán diferenciarse —como hace el DCFR— tipos especiales que requieran una regulación especial.

3. NOTAS SOBRE EL DESISTIMIENTO UNILATERAL *AD NUTUM* EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Una vez que nos hemos aproximado a la pretendida categoría genérica contrato de servicios, y antes de analizar el —posible— desistimiento unilateral del cliente como causa específica de extinción del contrato, vamos a detenernos en una breve revisión de la facultad de desistir en la Teoría General de las Obligaciones.

En Teoría General, el desistimiento unilateral se conceptúa como una facultad que, atribuida convencionalmente en el negocio constitutivo de una obligación o *ex lege*, permite, a una o ambas parte de la relación obligatoria, concluirla a su discreción, esto es, sin necesidad de explicación o causa alguna⁴⁶. Tal facultad de desistir *ad nutum*, que

⁴³ Aunque no desconocemos, sin embargo, que esta distinción, eje vertebrador de la reforma, no estuvo exenta de apreciaciones críticas. A. LÓPEZ Y LÓPEZ, recordando el escepticismo de la doctrina española y comparada sobre la virtualidad de la diferenciación obligaciones de actividad y de resultado, considera que es innecesario acudir a ella para definir prestaciones de servicios relevantes, como son las de los profesionales liberales. A su juicio, «la tipicidad social de las prestaciones de servicios incluye en los contratos prestaciones de medios y prestaciones de resultados, dirigidas a la realización de un único fin del contrato» («La proyectada...», cit., p. 35)

⁴⁴ Aunque en su seno puedan seguir distinguiéndose entre supuestos en que el deudor compromete solamente una actividad diligente, desarrollada con competencia profesional, y otros en los que se compromete un resultado concreto.

⁴⁵ *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, 2005, p. 33.

⁴⁶ De ahí la calificación del desistimiento unilateral como desistimiento *ad nutum* o sin justa causa. La naturaleza jurídica del derecho de desistimiento responde a la categoría de los derechos potestativos (R. DIÉGUEZ OLIVA, «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», www.indret.com, Barcelona, mayo de 2009, p. 5)

posibilita al contratante que la ejercita poner fin a la relación liberándose para lo sucesivo de las obligaciones, suele ubicarse en el marco de la extinción de la relación obligatoria, pese a que el artículo 1156 CC, que sistematiza las causas de extinción de las obligaciones, no lo refiere⁴⁷.

En nuestro Derecho, el desistimiento unilateral adolece de una gran imprecisión terminológica: las propias disposiciones del Código Civil (v. gr. arts. 1705 CC, 1732 CC, 1733 CC), y de su mano la doctrina y jurisprudencia, utilizan voces heterogéneas como «revocación», «renuncia» o «denuncia» para referir esta institución del «desistimiento unilateral»⁴⁸. La facultad de terminación de la relación obligatoria enteramente libre permite hablar, afirma L. Díez-Picazo, de «denuncia», «desistimiento unilateral» o «receso» de la relación obligatoria⁴⁹. Estas diversas denominaciones, que originan equívocos y confusiones, quizá, traigan causa de la asistemática y fragmentaria regulación de esta figura que, contemplada sólo en supuestos concretos y con distintas voces⁵⁰, carece de una reglamentación general⁵¹.

⁴⁷ La doctrina considera que esta disposición no contiene un elenco exhaustivo y, expresamente, se afirma que «al artículo 1156 debería añadirse una nueva causa de extinción que dijera *por desistimiento unilateral, en los casos en que proceda*» (C. RODRIGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, p. 382). Nótese que tampoco la Propuesta de modernización del CC regula el desistimiento dentro de la Teoría General de las obligaciones; pero, de haberse realizado, P.DE BARRÓN ARNICHES aventura que su ubicación hubiera sido junto a la resolución por incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas —art. 1199 y ss— («El contrato...», *BMJ*, cit., p. 13).

⁴⁸ Este problema terminológico se agrava, además, cuando se habla de «desistir» para referir fenómenos distintos a la facultad unilateral y discrecional de extinción de obligaciones (v. gr. art. 1460 CC, en el que la facultad del comprador —incorrectamente denominada «desistir»— se fundamenta en la imposibilidad originaria para el cumplimiento).

⁴⁹ *Sistema de Derecho Civil*, II-I, 10ª ed., Madrid, 2012, p. 252.

⁵⁰ El Código Civil contempla esta institución en relación al contrato de obra, donde utiliza el término desistir (art. 1594: «El dueño puede *desistir*, por su sólo voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella»); respecto al contrato de sociedad, donde habla de renuncia (art. 1705: «La disolución de la sociedad por la voluntad o *renuncia* de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio. Para que la *renuncia* surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios»); y en materia de mandato, donde refiere renuncia y revocación (art. 1732.1 y 2: «El mandato se acaba por: 1. su *revocación* [del mandante], 2. por *renuncia* o incapacidad del mandatario. Art. 1733: «El mandante puede *revocar* el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato». Art. 1736: «El mandatario puede *renunciar* al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la *renuncia*, deberá indemnizarle de ellos al mandatario, a menos que se funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo». Art. 1747: «El mandatario, aunque *renuncie* al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta»).

⁵¹ La carencia de un régimen jurídico uniforme es también una constante en el Derecho contractual europeo y ello, explica R. DIÉGUEZ OLIVA, es porque tradicionalmente en los Códigos continentales, bajo el principio *pacta sunt servanda*, el desistimiento unilateral de los contratos no responde a uno de los modos usuales de extinción de las obligaciones sino que, por el contrario, su admisión con relación a ciertos supuestos, siempre se ha entendido excepcional. Todos los ordenamientos europeos parten del

La carencia de un régimen jurídico general no impide sin embargo que, más allá de los supuestos tipificados y de aquellos en los que convencionalmente se disponga, el desistimiento unilateral juegue en relaciones obligatorias que tengan determinadas características.

Tras el análisis de los concretos supuestos legales que contemplan esta figura, se observa que, además de que en ocasiones su fundamento se encuentre en que el interés de una de las partes de la relación tiene primacía (v. gr. depósito, contrato de obra⁵²) o en el carácter fiduciario o *intuitu personae* de la relación (v. gr. mandato), la atribución del desistimiento *ad nutum* responde a la pretensión de conceder una herramienta que posibilite a los contratantes desvincularse de una relación constituida por un plazo indefinido (v.gr. contrato de sociedad); concesión que trae causa de la prohibición de que una vinculación obligatoria sea indefinida o perpetua (art. 1583 CC), en aras, en última instancia, de la necesaria protección de la libertad individual.

Así pues, a partir de la *ratio* que subyace a los supuestos especialmente previstos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia acomodan en el Ordenamiento el libre desistimiento o desistimiento unilateral como principio general aplicable a otros casos distintos a los contemplados *ex lege*, cuando se trate de relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo, que carezcan de plazo contractual de duración (indefinidas)⁵³, y en las que exista un *intuitu personae*, esto es, que fundadas en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, ésta se frustre⁵⁴. En estas relaciones, típicas o atípicas, el desistimiento es un instrumento que permite a las partes poner fin *para lo sucesivo* a la relación jurídica.

Ahora bien, en los supuestos en los que proceda, para que el desistimiento opere la extinción de la relación obligatoria, debe realizarse una declaración unilateral de voluntad que —más allá de las ventajas que aporta para su prueba— no precisa, como regla, forma especial y produce efectos desde que llega a su destinatario. Ciertamente, en el Ordenamiento no existe una regulación legal específica del desistimiento ni, en consecuencia, de sus requisitos de ejercicio pero, en la medida en que éste debe informarse por el principio general de buena fe, en ocasiones puede imponer la exigencia de observar un periodo de preaviso. Tal preaviso, calificado jurídicamente

principio *pacta sunt servanda* como pieza angular de la Teoría General de los contratos junto con el principio de relatividad de los contratos y la autonomía de la voluntad (*El derecho...cit.*, p. 5).

⁵² La obra se realiza en interés del dueño de la misma y, por ello, éste puede disponer de su realización siempre que deje indemne al contratista (P. SALVADOR CODERCH, «art. 1594», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1202).

⁵³ Como puede leerse en la STS de 9 de octubre de 1997: «[E]n estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código Civil [...] resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas [...] por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su recesso, producido por resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas» (RJ 1997/ 7107).

⁵⁴ Véase L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1087.

como un término o un plazo suspensivo de eficacia, es un lapso de tiempo que transcurre entre que se notifica la voluntad de desligarse del vínculo jurídico y el momento de extinción propiamente dicho, y tiene como finalidad evitar la terminación por sorpresa de la relación y permitir a la otra parte que la sufre tomar medidas para proteger sus intereses⁵⁵. Así pues, declarada la voluntad de desistir desde la fecha futura preavisada, hasta que no llegue tal momento no se extinguirá la relación obligatoria que, en todo caso, lo hará con eficacia *ex nunc*: las prestaciones ejecutadas se habrán consolidado y deberán cumplirse las pendientes⁵⁶.

En Teoría General, finalmente, el desistimiento, en función de los intereses en juego, puede corresponder a todas o a alguna de las partes del contrato y, también, dependiendo de esos intereses, llevar consigo, frente al sujeto pasivo que lo soporta, la liquidación de todo o parte de su interés en el mantenimiento y agotamiento de la relación. Por tanto, el desistimiento —en los supuestos en los que se admita— conllevará una indemnización (distinta de la que puede generar el no respeto del preaviso)⁵⁷ de los daños y perjuicios que la frustración contractual causa. En ocasiones, es la propia ley —como recuerda F. Capilla— la que tasa el importe de la indemnización: v. gr. en sede de contrato de obra (art. 1594 CC), gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra son las partidas indemnizatorias que ha de sufragar el comitente que desiste a los efectos de dejar indemne al contratista⁵⁸.

En cualquier caso, con independencia del nacimiento de una obligación indemnizatoria que pueda obligar a quien desiste a soportar los daños y perjuicios ocasionados por la propia resolución del contrato, además, ésta llevará siempre aparejados deberes de liquidación de la relación —que igualmente se producirían en la extinción del contrato por otra causa—; así, las partes han de soportar deberes tales como la restitución de documentación y/u objetos recibidos, el abono de saldos, etc.⁵⁹.

4. EL «SINGULAR» DERECHO DE DESISTIMIENTO DE LOS CONSUMIDORES & DESISTIMIENTO *AD NUTUM* DEL CONSUMIDOR DE SERVICIOS

Tras este somero acercamiento a la figura del desistimiento unilateral *ad nutum* desde la óptica de la Teoría General de las obligaciones, procede aclarar ahora las numerosas

⁵⁵ Ampliamente, M. KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, p. 181. A su juicio, la consecuencia del incumplimiento del preaviso es la indemnización del daño producido, aunque es difícil establecer para toda clase de relaciones contractuales unas reglas generales sobre los conceptos por los que se ha de indemnizar. (*El desistimiento...cit.*, p. 235).

⁵⁶ Véase L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1088-1089.

⁵⁷ Nótese que la omisión de preaviso puede conllevar una indemnización que puede haber sido prevista por las partes (la indemnización suple en este caso la función tuitiva que tiene el preaviso), pero ha de diferenciarse de la indemnización de los daños causados a consecuencia de la terminación de la relación por el ejercicio del desistimiento.

⁵⁸ F. CAPILLA RONCERO, «Desistimiento», *Enciclopedia jurídica básica*, II, 1995, p. 2439. En cada figura contractual, manifiesta C. RODRÍGUEZ MARÍN, los efectos del desistimiento o por qué conceptos se debe indemnizar serán distintos (*El desistimiento...cit.*, p. 217).

⁵⁹ Véase L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1089.

divergencias que separan este modo de extinción de la relación contractual con el —igualmente denominado y, quizá, por ello confundido— derecho de desistimiento del consumidor. Estamos ante dos instituciones diversas que es preciso diferenciar.

Tradicionalmente, han sido las leyes especiales en el ámbito de los consumidores las que han regulado este «singular» derecho de desistimiento del usuario⁶⁰ que, en la actualidad, es contemplado y dotado de un «aparente» régimen común en el TRLGDCU⁶¹. Dicho Texto lo define en los siguientes términos:

«El Derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándolo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase» (Art. 68.1º TRLGDCU).

En la doctrina no es infrecuente encontrar opiniones que consideren que las coincidencias de que se trate de un derecho de carácter extintivo y sea ejercitable sin necesidad de alegar justa causa son motivos suficientes para asimilarlo o calificarlo

⁶⁰ No desconocemos que la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* publicada en 2009 por el Ministerio de Justicia (Boletín de información, año LXIII, Madrid, enero de 2009), propuso incluir en el Código Civil la regulación de los contratos realizados por consumidores, siempre que se celebrasen fuera de los establecimientos mercantiles o a distancia. Con tal pretensión, integran en la propuesta de Libro IV (*De las obligaciones y contratos*), en el Título II (*De los contratos*) del Capítulo II (*De la formación del contrato*), una Sección (Quinta) en la que se regulan *los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* y una Sección (Sexta) donde se reglamenta *la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia*. En relación a ambos contratos, la PMCCOC se detiene en el derecho de desistimiento del usuario proponiendo una reglamentación poco novedosa, ya que, en su mayor parte, se limita a trasladar o reproducir las reglas, generales o particulares, del TRLGDCU que disciplinan tal facultad.

⁶¹ Véanse artículos 68 a 79 TRLGDCU [en la nueva redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de marzo (BOE de 28 de marzo)]. Decimos «aparente» régimen común porque este Texto refunde sólo algunas de las leyes especiales dirigidas a la protección de los consumidores (leyes reguladoras de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil), manteniéndose otros regímenes específicos en leyes especiales aplicables a contratos que no han sido objeto de refundición (compraventas a plazos de bienes muebles, aprovechamiento por turno, etc). De hecho, coexisten en el Ordenamiento una pluralidad de reglamentaciones diferentes para el derecho de desistimiento, respecto de las que este régimen común tiene carácter subsidiario; el mismo carácter subsidiario que, por lo demás, tiene respecto de las previsiones hechas en la oferta, promoción, publicidad, o en el propio contrato, cuando se trata de un supuesto de reconocimiento negocial del derecho de desistimiento. (Sobre cómo se ha visto afectado por la Ley 3/2014 el régimen común del derecho de desistimiento del TRLGDCU de 2007 puede verse I. BELUCHE RINCÓN, «Novedades introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el TRLGDCU: ¿un nuevo régimen jurídico general del derecho de desistimiento del consumidor», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 35, 2014, pp. 181-209 y M.J. REYES LÓPEZ, « La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, febrero 2015, pp. 253-292).

como desistimiento unilateral *ad nutum*, entendiendo incluso que «estamos ante una única institución jurídica»⁶².

Creemos, sin embargo, que este singular derecho que faculta a desvincularse del contrato durante un brevísimo período de tiempo posterior a su perfección, y que encuentra su razón de ser en la necesidad de protección del usuario, es una institución con un fundamento y una lógica que en poco se aproxima al derecho de desistimiento unilateral de la Teoría General. Pensamos que la idéntica nomenclatura conduce a una clara confusión de ambas figuras —que bien podría haberse evitado denominando a la facultad del usuario «derecho de arrepentimiento»⁶³—, cuyas diferencias, *grosso modo*, son numerosas. Así, en primer lugar, la relativa a la legitimación: el desistimiento de Teoría General puede, en principio, atribuirse a ambas partes de la relación obligatoria⁶⁴ (v. gr. en sede de mandato, mandante y mandatario pueden ser «desistentes»)⁶⁵, en tanto que la facultad regulada en el TRLGDCU y en algunas leyes especiales es atribuida en exclusiva al consumidor que será el único legitimado para su ejercicio; ello es absolutamente coherente con los, en segundo término, diversos fundamentos de uno y otro derecho: evitar la vinculación perpetua de los contratantes o respaldar el carácter fiduciario o *intuitu personae* de la relación en un caso, y hacer efectiva la protección del usuario garantizando una correcta y libre formación de su consentimiento en el otro; de ahí, en tercer lugar, que el desistimiento para el consumidor sea esencialmente gratuito, en tanto que el desistimiento de Teoría General pueda obligar al contratante a soportar los daños que la frustración del contrato acarrea al sujeto pasivo de su decisión; sin olvidar, por último, su muy diversa eficacia —*ex nunc* en el primer supuesto y *ex tunc* en el segundo— y el, probablemente, diferente carácter imperativo e irrenunciable en un caso y, como regla, dispositivo en el otro.

En suma, las numerosas divergencias existentes entre ambas figuras ponen de relieve con claridad que estamos ante instituciones diferentes, lo que no impide, a nuestro

⁶² M.T. ALVAREZ MORENO, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, 2000, p. 22. Participa de esta opinión M. PASQUAU LIAÑO cuando, en relación a las ventas a distancia celebradas por consumidores, afirma: «a mi juicio, no hay que darle más vueltas. El legislador acierta en esta Ley con la denominación que utiliza: se trata sin más de un derecho de *desistimiento*. La naturaleza jurídica de este derecho encaja perfectamente en los moldes de la clásica figura del desistimiento unilateral» (*Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley Orgánica complementaria* dir. por Piñar Mañas y Beltrán Sánchez, Madrid, 1997, p. 341). Se suma expresamente a la opinión de Pasquau J. SOLA TEYSSIERE, *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen Jurídico y control administrativo*, Valencia, 2002, p. 510. Recientemente, tampoco M.T. ALONSO PÉREZ y C. ALMAGRO MARTÍN parecen distinguir estas dos instituciones (*Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Madrid, 2014, pp. 125 y ss).

⁶³ Término menos equívoco acuñado por la doctrina francesa. Puede verse R. BAILLOD, «Le droit de repentir», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1984, pp. 227 y ss.

⁶⁴ En función de los intereses en juego, afirma F. CAPILLA RONCERO, esta facultad podrá asistir a todas o a algunas de las partes de la relación («Desistimiento», *Enciclopedia...*, II, cit., p. 2439).

⁶⁵ Tanto la «revocación» del mandante (arts. 1732.1 y 1733 CC) como la «renuncia» del mandatario (arts. 1736 y 1737) se consideran «desistimientos» (M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 10ª ed., Barcelona, 1997, p. 337).

parecer, que de ambas herramientas pueda, en su caso, hacer uso el consumidor. Tratándose de contratos en los que se le atribuya el «singular» derecho a desistir, éste podrá ejercitarlo en el breve periodo establecido al efecto⁶⁶ y, de omitir su ejercicio, nada le impide —si es que goza de tal facultad— poner fin (desistir *ad nutum*) con posterioridad a la relación contractual. Tal es el caso de los *contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado*, respecto a los que expresamente el TRLGDCU atribuye al consumidor un «derecho a poner fin al contrato»; derecho que, en este caso, podrá ejercitar sin sanciones o cargas desproporcionadas:

Artículo 62 TRLGDCU:

«3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

4. Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de trato sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato.»⁶⁷

Por tanto, el TRLGDCU, no sólo reglamenta un «singular» derecho de desistimiento del consumidor, sino que, además, le atribuye expresamente *en determinadas relaciones de servicio y suministro* un derecho a poner fin al contrato. Creemos que el legislador tipifica un nuevo supuesto de desistimiento *ad nutum* que acrece la asistemática y fragmentaria regulación de esta institución que, en este caso, encuentra fundamento en la necesidad de protección del interés del consumidor-cliente de un servicio que ha de ser prevalente frente al de las empresas⁶⁸; y, además, tratándose de relaciones

⁶⁶ Nótese que la Ley 3/2014 ha unificado el plazo para desistir en los contratos sometidos al régimen común y en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil: 14 días naturales. Igual periodo estaba ya previsto para los contratos de aprovechamiento por turno y los contratos a distancia de servicios financieros. En cambio, tratándose de seguros de vida el plazo será de 30 días, y de 7 en los contratos de venta a plazos de bienes muebles.

⁶⁷ Esta disposición, que no ha sufrido cambios en la nueva redacción dada al TRLGDCU por la Ley 3/2014, procede del artículo 12 de la LGDCU de 1984 que, modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de protección de los consumidores y usuarios*, pretendió solventar un constatado déficit de protección del usuario en algunos ámbitos.

⁶⁸ Ya en los debates parlamentarios de la Ley 44/2006 se reconoció esta pretensión tuitiva del consumidor nacida de la necesidad de atajar determinadas prácticas abusivas (v. gr. imposición de plazos de duración excesiva, penalizaciones desproporcionadas) que eran frecuentes en el ámbito de algunos contratos servicios tales como telefonía, internet u otros servicios de suministro (M.C. GARCÍA SUÁREZ,

obligatorias indefinidas, encuentra justificación en que le permite evitar su vinculación perpetua.

Más allá, la afirmación de que estamos ante una nueva tipificación de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum* a favor del consumidor-cliente de un contrato de servicio o suministro continuado puede defenderse argumentando que es un derecho cuyo ejercicio extingue la relación con eficacia *ex nunc* y no exonera a quien lo ejercita de todo gasto que conlleve su decisión⁶⁹.

5. DESISTIMIENTO UNILATERAL Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Finalmente, en el intento de desbrozar el camino para llegar al objetivo de proponer (*de lege ferenda*) una regulación del derecho de desistimiento unilateral del cliente en el contrato de servicios, nos resta referir las divergencias entre este modo de extinción de la relación contractual en Teoría General y la, también extintiva, resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Aunque se trata de dos instituciones teóricamente muy diferentes, en ocasiones concurren en un mismo escenario que, con frecuencia, no está exento de dificultades.

En términos generales, L. Díez-Picazo manifiesta que cuando se atribuye a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria, tal facultad puede ser enteramente libre y permite hablar de «desistimiento unilateral» (o renuncia o receso), pero si la facultad de terminación está fundamentada en una justa causa previamente contemplada por la ley hablamos de «resolución» de la obligación⁷⁰.

Se trata, por tanto, de dos instituciones que juegan en los contratos sinalagmáticos pero que no son en absoluto equiparables⁷¹: la resolución opera como un remedio general legalmente reconocido para quien sufre en una relación recíproca, en la que ambas partes son acreedoras y deudoras, un incumplimiento grave en el que parece decisiva la apreciación de la frustración del fin del contrato, mientras que el desistimiento es una facultad que, en los supuestos en los que proceda (v. gr. relaciones indefinidas), más allá de la soberana voluntad de quien la ejercita, no exige la concurrencia de incumplimiento alguno. Ambas facultades son, ciertamente, figuras extintivas de la relación contractual, pero en nada más coinciden. Difieren, además, en la retroactividad o irretroactividad de los efectos producidos por el contrato: el desistimiento opera *ex nunc*, por lo que permanecen las prestaciones cumplidas y

Enmiendas del Senado. Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, *BOCG. Congreso de los Diputados*, Serie A, nº 83-1, de 31 de marzo de 2006, p. 11412).

⁶⁹ El artículo 62 TRLGDCU prohíbe que el consumidor soporte sanciones o cargas desproporcionadas que superen los daños efectivamente causados por su decisión de desistir, pero no le exonera de dejar indemne al profesional que sufre el desistimiento.

⁷⁰ *Sistema...*, II-I, cit., p. 251.

⁷¹ Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que recalcan las diferencias entre ambas instituciones; resultan de interés la STS 8 de julio de 1983 (RJ 1983/4203) comentada por L.H. CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *CCJC*, 1983 (3), p. 849 y la STS de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997/675).

podrán exigirse las ya consolidadas, mientras que se predica la vocación de retroactividad de la resolución que, con eficacia *ex tunc*, provocaría la restitución de las prestaciones recibidas⁷².

Como expresa A. Gálvez, el desistimiento es una figura que se encuentra en el lado diametralmente opuesto a la pretensión de resolución por incumplimiento: su recto ejercicio excluye las pretensiones de cumplimiento y de resolución por incumplimiento de la otra parte del contrato al provocar su ineficacia sobrevenida⁷³.

Ahora bien, no obstante sus claras divergencias en el plano teórico, no es inusual que en algunos supuestos prácticos de contratos de servicios su diferenciación genere conflictos. Así, en el contrato de obra —cuya regulación faculta al comitente para desistir *ex* artículo 1594 CC— no será infrecuente que el comitente que pone fin al contrato manifieste ejercer una acción de resolución por incumplimiento del contratista *ex* artículo 1124 CC y no la acción de desistimiento de la que dispone, a los efectos de evitar indemnizar al contratista los gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener de la obra. En tales supuestos, lo decisivo será determinar si efectivamente concurren los presupuestos que avalan el ejercicio de la facultad resolutoria, pero si el comitente no demuestra el incumplimiento del contratista cabrá entender que lo ejercitado es el derecho de desistimiento del artículo 1594 CC⁷⁴. Como afirma F. Rodríguez Morata, es posible resolver con aplicación de lo dispuesto en el artículo 1594, pese a que en el pleito se alegó el artículo 1124, sin incidir en vicio de incongruencia, siempre que se respeten los hechos alegados por las partes y no se altere la *causa petendi* (art. 218.II LECiv/2000)⁷⁵.

⁷² En relación al desistimiento unilateral en el contrato de obra, M. ABRIL CAMPOY manifiesta que es criterio reiterado en la jurisprudencia que el fundamento de ambas facultades es distinto, por cuanto uno se haya en la libre voluntad del dueño de la obra, mientras que el otro precisa la constatación del incumplimiento de la parte contratante frente a la que se ejercita la acción resolutoria, a la par que los efectos que cabe predicar de las mismas, así como la determinación de la indemnización discurren por sendas diversas («Art. 1594», *Jurisprudencia civil comentada*, dir. por M. PASQUAU LIAÑO, Granada, 2009, p. 3251). También SALVADOR CODERCH afirma que el supuesto de hecho del 1954 no es una facultad resolutoria que se pueda ejercitar ante el incumplimiento del contratista; no hay relación entre el 1594 y el 1124; en particular los motivos del dueño de la obra son absolutamente irrelevantes: la facultad se ejercita *ad nutum*, por su sola voluntad («Artículo 1594», *Comentario...*, cit., p. 1203).

⁷³ *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008, p. 43.

⁷⁴ Puede verse la STS de 7 de febrero de 2006, en la que, aunque el comitente alegaba que «resolvió el contrato de obra no por capricho, sino por incumplimiento del mismo por la contratista», la Sala 1ª consideró que «el hecho de que la contratista tenga más o menos dificultades en el pago a proveedores, no significa incumplimiento de sus obligaciones respecto del comitente. Sólo en el caso de que la obra no pudiese continuarse por falta de suministros es cuando existiría tal incumplimiento, o cuando se suspendiese su ejecución por un plazo superior a dos meses» (RJ 2006/ 670).

⁷⁵ «Artículo 1594 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, 2001, p. 1837. Ciertamente, para el Tribunal Supremo no es incongruente que se haya invocado el artículo 1124 CC cuando, en realidad, el comitente da por extinguido el contrato de obra por desistimiento (STS 13 de julio de 1993. RJ 1993/6014)

Por otro lado, nótese que, en ocasiones (v.gr. servicios prestados por profesionales liberales), el desistimiento del cliente del servicio puede vehicular una resolución por incumplimiento del prestador: al cliente que sufre el incumplimiento puede resultarle más fácil y rápido extinguir el vínculo obligatorio desistiendo del contrato que ejercitando una acción de resolución, acción de ejercicio más costoso, que puede no aportarle ventaja alguna. Como pone de manifiesto A. Rodríguez Guitián, la ventaja del efecto *ex tunc* de la resolución, frente al *ex nunc* del desistimiento, puede no ser tal en relaciones entre profesionales y clientes, relaciones éstas de carácter duradero (que nada tienen que ver con relaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos) que total o parcialmente pueden encontrarse consumadas, por lo que la resolución *ex* artículo 1124 CC también extinguiría el vínculo obligatorio con puros efectos *ex nunc* imponiendo a las partes deberes de liquidación de la situación. La otra ventaja de la acción resolutoria frente al desistimiento, relativa a la posibilidad de exigir a la contraparte una indemnización de daños, tampoco es decisiva, ya que el contratante que desiste empujado por la justa causa del incumplimiento del profesional siempre puede —se nos dice— solicitar la indemnización por los artículos 1101 y siguientes CC⁷⁶.

En definitiva, aunque la facultad de desistimiento no sea un remedio dispuesto para casos de incumplimiento del contrato, puede a veces —como afirma M. Klein— ser un instrumento adecuado y suficiente para extinguir la relación en supuestos en los que existe una justa causa, sin necesidad de recurrir a la resolución⁷⁷.

6. EL DERECHO DEL CLIENTE A DESISTIR DEL CONTRATO DE SERVICIOS

6.1. *Atribución legal al cliente de un derecho a la ruptura unilateral del contrato de servicios: posibles fundamentos*

La formulación legal del derecho del cliente a la ruptura unilateral del contrato de servicio podría parecer que encuentra barreras en los principios generales del Ordenamiento en materia de cumplimiento contractual. El principio de que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art.

⁷⁶ «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales», *ADC*, 2001- II, p. 738 y ss. Este criterio parece validarse en la STS de 20 de mayo de 1998 que, enjuiciando un supuesto de contrato de obra en el que el comitente desiste unilateralmente ejercitando la acción del 1594 CC y no la del 1124 CC pese a existir defectos de la construcción, expresa que «[E]l demandado no ejercitó la resolución al amparo del artículo 1124, pero sí opuso la excepción de incumplimiento del tenor de la obligación, con apoyo en el artículo 1101 que rige para los contratos; ha demostrado los defectos de construcción y se le ha reconocido la cantidad en que se valoran» (RJ 1998/3380). En suma, el Tribunal Supremo entiende que, aunque el dueño de la obra no haya ejercitado la acción del artículo 1124 CC sino la acción de desistimiento del 1594 CC, puede no obstante apoyarse en el artículo 1101 CC y ss a los efectos de indemnización de daños.

⁷⁷ *El desistimiento....cit.*, p. 54.

1256 CC) parece chocar con la atribución legal a un contratante del poder de extinguir unilateralmente la relación obligatoria. Pero lo cierto es que no se trataría con el desistimiento de que la puesta en vigor del contrato o la decisión sobre su ejecución o inejecución quedase al arbitrio del cliente —que es lo que claramente impediría el artículo 1256 CC—⁷⁸, sino de una autorización para extinguir una situación jurídica que no procede que se mantenga por tiempo indefinido ni, mucho menos, de forma perpetua, porque tal prolongación en el tiempo constituiría una intolerable limitación de la libertad individual⁷⁹. Por tanto, el desistimiento permitiría excluir el carácter indefinido o perpetuo del servicio, dejaría al arbitrio del cliente la duración del contrato, no el cumplimiento de las obligaciones nacidas del mismo, y el artículo 1256 CC no obstaculizaría la atribución al cliente de esta facultad unilateral a poner fin al contrato⁸⁰.

Es más, como ya hemos advertido, la doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo sin dificultad que del Ordenamiento puede extraerse un principio general que establece la existencia de la facultad de desistir en los contratos celebrados por tiempo indeterminado, como instrumento necesario para evitar la vinculación indefinida o perpetua de los contratantes, por lo que, tratándose de contratos de servicios de duración indefinida, no habría problema en admitir el derecho de desistimiento del cliente⁸¹.

Ya en el Proyecto de Ley 121/43 de 1994, por el que se pretendió modificar —aunque, finalmente, sin éxito— la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, se preveía para los contratos de servicios que no tuvieran señalado plazo de duración el desistimiento unilateral (que, no obstante, era ejercitable por ambas partes) como medio de extinción de aquellos⁸². El desistimiento unilateral, se afirmaba, tiene su fundamento en esta necesidad de establecer un límite a los contratos que generan relaciones obligatorias de duración indefinida⁸³.

⁷⁸ L. DÍEZ-PICAZO, «Artículo 1256», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 433.

⁷⁹ La perpetuación en el tiempo de los vínculos contractuales vitalicios es contraria al ordenamiento jurídico (artículo 1583 CC).

⁸⁰ L. DÍEZ-PICAZO se hace eco de la opinión doctrinal que señala que el artículo 1256 CC no impide el otorgamiento en un contrato a uno de los contratantes de la facultad de ponerle fin, mediante un receso unilateral, una rescisión u otra posibilidad similar (*Comentario...*, II, cit., p. 433). También la Jurisprudencia considera desde antaño que el desistimiento no es contrario al artículo 1256 CC [pueden verse, STS de 11 de enero de 1984 (RJ 1984/646), STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6600)].

⁸¹ Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo que reconocen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, v. gr, en contratos de distribución o de comisión mercantil (pueden verse la STS de 13 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5918), STS 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/ 3321) y las que allí se citan.

⁸² Artículo 1587: «En los servicios que no tengan plazo de duración, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato, comunicándolo a la otra con una antelación de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor».

⁸³ A. LÓPEZ y LÓPEZ, «La proyectada...», cit., p. 43.

Ahora bien, si encontramos justificado por el peligro de las vinculaciones perpetuas que este derecho pueda jugar en aquellas relaciones de servicio de duración indefinida⁸⁴, la gran heterogeneidad de estos contratos⁸⁵ da lugar a que, dentro de esta eventual categoría general en la que el elemento temporal no es definitorio, no sea difícil encontrar supuestos en los que el contrato no es por tiempo indeterminado, lo que obliga a cuestionarse si hay otro u otros fundamentos que permitan justificar en estos casos la atribución al cliente del derecho a resolver unilateralmente el contrato.

Sabemos que, como regla de Teoría General, en los contratos por tiempo determinado, la duración contractual prefijada por las partes ha de ser respetada; incluso tratándose de contratos de muy larga duración, éstas no puedan libremente desligarse del contrato cuando quieran. Por ello, si antes de la llegada del término final se produce una interrupción en el cumplimiento de las obligaciones con una pretensión extintiva no habrá en principio sino un incumplimiento contractual⁸⁶.

Sin embargo, como toda regla, encuentra excepciones que la confirman. Así, entre otras⁸⁷, en el contrato de mandato el legislador permite, con independencia de cuál sea su duración, desistir al mandante (art. 1733 CC) y al mandatario (art. 1736 CC) extinguiéndose en cualquier caso prematuramente la relación obligatoria⁸⁸. En este

⁸⁴ Se ha constatado que el desistimiento es la principal forma de extinción de los contratos duraderos; un instrumento, afirma M. KLEIN, que suple la ausencia de término final (*El desistimiento...cit.*, pp. 26 [nota 20] y 122).

⁸⁵ Heterogeneidad que no impediría que legalmente pudiese definirse un tipo contractual general con unas características básicas. El contrato de servicio, como ya manifestamos, puede calificarse fundamentalmente por el objeto de la obligación, que es una prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes en servicio o interés de otro consistente en el despliegue de cierto trabajo o actividad, material o intelectual (Véase VAQUERO PINTO, *El arrendamiento...cit.*, pp. 33 y 37). Recuérdese que en el DCFR se define el contrato de servicios como aquél en el que tiene lugar la realización de un servicio a favor de la otra parte, a cambio de una remuneración, que no es esencial.

⁸⁶ M. KLEIN, *El desistimiento...cit.*, p. 102.

⁸⁷ Véase, v. gr, el artículo 24 d) de la Ley de Arrendamiento Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre) que legitima al arrendatario a desistir *ad nutum*, aunque sólo pueda hacerlo al final del año agrícola y con preaviso de un año; el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) que igualmente dispone que «[E]l arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización» (Artículo 11 redactado por el apartado 6 del artículo 1º de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas («B.O.E.» 5 junio). También en el ámbito mercantil, puede verse el artículo 279 CCom, que faculta al comitente a «revocar» la comisión conferida al comisionista, o el artículo 25.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, que contempla la extinción del contrato de duración indefinida por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

⁸⁸ Pese a la diversa e equívoca terminología empleada por el codificador («revocación» referida al mandate y «renuncia» del mandatario) doctrinalmente se considera que ambos casos son supuestos de desistimiento *ad nutum*.

supuesto, que —nótese— sirve con frecuencia de modelo de referencia de la contratación de servicios⁸⁹, el tradicional fundamento esgrimido para justificar la facultad de desistir es la *fiducia*. El mandato —afirmaba A. Gordillo haciéndose eco de la opinión generalizada—, como un contrato basado en la confianza, puede ser libremente revocado por el mandante o renunciado por el mandatario. El *intuitu personae* o la confianza es su hilo conductor. Es un contrato nacido de la confianza y necesitado de la misma para su subsistencia como medio satisfactorio y razonable de colaboración voluntaria en interés ajeno⁹⁰. Un interés ajeno, el del mandante, que se considera prevalente en la relación obligatoria en la medida en que el mandato se orienta en su interés y beneficio, que añade otra razón de ser a su facultad de desistir⁹¹. La prevalencia del interés del mandante en la regulación de intereses del contrato es, se nos dice, lo que fundamenta en mayor medida la facultad revocatoria⁹².

De igual modo, en el depósito —tipo contractual de servicio típico— el depositante tiene una facultad de desvinculación *ad nutum* que le permite extinguir unilateralmente la relación, incluso *aunque en el contrato se haya fijado un plazo*⁹³. Esta facultad excepcional se justifica por el hecho de que el contrato de depósito se realiza siempre en interés y utilidad del depositante: «[E]l plazo se presume puesto á favor del demandante, y este puede renunciar á su beneficio», afirmaba ya F. García Goyena⁹⁴. A nuestro juicio, además, en la medida en que algunos supuestos (v. gr.

⁸⁹ E. VALPUESTA califica al mandato como «negocio prototípico de prestación de servicios» (*Contratos Mercantiles*, I, dir. por J.M. De La Cuesta Rute, Barcelona, 2009, p. 633). A juicio de A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «el codificador del XIX quiso regular la relación contractual entre profesional y cliente dentro de la normativa del contrato de mandato del Código Civil» («El desistimiento...», cit., p. 689).

⁹⁰ «Artículo 1732», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1580. En el mismo sentido A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, afirma que «[l]a razón fundamental por la que se permite tanto la renuncia del mandatario como la revocación del mandante es que el contrato de mandato se basa en la confianza entre las partes. Se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir, la esencialidad de la persona del mandatario es dato constante en la confianza que induce al mandante a confiar en el mandatario precisamente sus intereses. Cuando se pierde tal confianza puede resolverse el contrato por cualquiera de las partes. Las mismas características (contrato *intuitu personae*, relación de confianza) están presentes en el contrato de servicios entre profesional liberal y cliente y ello conduce a aplicar por analogía la normativa del mandato acerca del desistimiento a aquel contrato» («El desistimiento...», cit., p. 698).

⁹¹ Como dijera ya F. GARCÍA GOYENA, «El mandato, como el depósito tienen por objeto el interés ó beneficio del mandante, y este puede renunciarlo en todo tiempo: nace también de la confianza que puede cesar luego» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*), Zaragoza, 1974, p. 849).

⁹² F. CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 160. A su juicio, el elemento fiduciario no puede considerarse el único o principal fundamento de la facultad revocatoria porque no es necesario que disminuya la confianza que el mandante depositó en el mandatario, basta que se altere el equilibrio de intereses que dio lugar al contrato (p. 158).

⁹³ Artículo 1775 CC: «El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución». En términos de F. BADOSA, «su facultad de desistimiento es absoluta, lo que el art. 1775 I enfatiza al afirmar que ni tan sólo la limita el establecimiento de un momento ‘determinado’ o puntual (*certus an et certus quando*) para el acto de restitución» (*Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1677).

⁹⁴ *Concordancias...cit.*, p. 876.

depósito voluntario) pueden calificarse como contratos *intuitu personae*, esto es, basados en la confianza en las facultades y medios del depositario para la adecuada guarda de la cosa, la pérdida de la misma podría justificar la facultad que el artículo 1775 CC atribuye al depositante⁹⁵.

También en el contrato de obra, el principal puede «*desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado*» (art. 1594 CC). La salvaguarda de los intereses del dueño de la obra, para el que su continuación puede ya no revestir utilidad alguna, se considera el fundamento de su poder de desvincularse del contrato⁹⁶; puede ocurrir «que la obra no le sea ya útil ni necesaria»⁹⁷. Nótese que en esta disposición late la idea de la eficiencia económica, porque la facultad de desistimiento puede permitir al dueño de la obra una asignación más eficiente de sus recursos de la que hubiera resultado de la realización o finalización de aquella⁹⁸.

Pues bien, de modo similar a su consideración en el mandato, en el depósito o en el contrato de obra, contratos todos ellos típicos de servicios, con frecuencia, de duración determinada⁹⁹, creemos que el personalismo del servicio, la relación de confianza que le subyace y la prevalencia del interés del cliente son razones que deberían fundamentar en general el derecho de desistimiento del cliente también en los

⁹⁵ En este sentido, también J. SIRVENT, para quien el contrato de depósito queda configurado como un contrato de confianza, que se constituye *intuitu personae*, en cuanto que para el depositante es fundamental la persona del depositario. No hay que olvidar —nos dice— que «el depositante ha elegido al depositario en base a sus cualidades personales, que son para él decisivas a la hora de hacerle el encargo. Si hubiera querido elegir a otro, lo habría hecho» («El depósito como contrato de servicios. Notas para su reforma a la luz del Marco Común de Referencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015 – en prensa—).

⁹⁶ A juicio de J. SIRVENT la razón de ser de esta norma que reconoce al comitente la facultad de poner fin anticipadamente al contrato por su exclusiva voluntad hay que encontrarla en la idea de que el contrato de obra es un instrumento que principalmente está al servicio de los intereses del comitente; esto supone la necesidad de que el contrato exista sólo mientras el comitente siga teniendo interés en él; no tiene sentido que si el dueño, por la razón que sea, deja de tener interés en la obra se acabe de ejecutar ésta contra su voluntad («El desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra», *RdP*, nº 8, 2002, p. 109).

⁹⁷ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 803.

⁹⁸ P. SALVADOR CODERCH, «Artículo 1594», *Comentarios...*, II, cit., p. 1202. Aunque doctrinalmente hay quien considera que el personalismo del servicio es lo que explica la facultad regulada en el artículo 1594 CC (M.J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento...*cit., p. 458) y jurisprudencialmente podemos encontrar pronunciamientos que vinculan la facultad de resolución unilateral del dueño de la obra a la confianza en la que se basa el contrato (STS de 20 de mayo de 1998. RJ 1998/3380), consideramos cuestionable que la pérdida de confianza sea el fundamento que sostiene el desistimiento del comitente en el 1594 CC. También lo pone en duda A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, porque de ser así —afirma— tal precepto tendría que haber reconocido este derecho no sólo al dueño de la obra sino también al constructor («El desistimiento...», cit., p. 701).

⁹⁹ Como aclara A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, con la expresión contratos de duración determinada no sólo pueden referirse aquellos contratos en que las partes han pactado una fecha fija de duración, sino también aquellos en que, sin tener una fecha expresa de duración, el contrato no deja de tener una certeza respecto a la misma derivada de las circunstancias y naturaleza de la prestación («El desistimiento...», cit., p. 686).

contratos de servicios por tiempo determinado¹⁰⁰. Aunque pensamos que las muchas y muy heterogéneas modalidades de servicios que podrían englobarse en el tipo genérico «contrato de servicios» convierten en algo muy difícil encontrar un único fundamento para el desistimiento, creemos que el sustrato personal, o la atención a las cualidades personales del prestador, pueden considerarse en el momento de constituir la relación de servicio la base del negocio, y su alteración justificar la facultad de desistir. Los contratos de servicios son, típicamente, relaciones *intuitu personae* realizadas en interés del cliente que se sustentan en la creencia de la adecuada capacitación personal y material del profesional, en la convicción de su buen hacer, de modo que, desaparecido el interés por pérdida de *fiducia* o por resultarle falto de utilidad, alterada pues la base del negocio, nada impediría reconocer al cliente el poder de desistir incluso en relaciones sujetas a un plazo determinado¹⁰¹.

Recapitulando —y teniendo siempre presente que intentar hacer una construcción unitaria sobre el fundamento del desistimiento en un genérico contrato de servicios resulta, por su gran heterogeneidad, muy complicado—, creemos que, aun cuando sería el frecuente carácter indefinido de la relación (denominador común de numerosos contratos de servicios) el fundamento inicial que justificaría la atribución *de lege ferenda* del derecho de desistimiento al cliente, las razones de que, en general, estos contratos de servicios, en los que las personas son esenciales (*intuitu personae*), están fundados en la confianza entre las partes y al servicio prioritario de quien recibe la prestación permitiría fundamentar también que el cliente pudiera, *sin alegar causa alguna* (aunque ésta pudiera existir), poner fin a las relaciones de duración

¹⁰⁰ M. KLEIN se muestra contraria a que, con carácter general, la falta de confianza sea justa causa y permita fundamentar el desistimiento *ad nutum* (*El desistimiento...cit.*, p. 146). También a juicio de A. GALVÉZ, «fuera de los casos específicos en los que el legislador o los contratantes establezcan el derecho a desistir *ad nutum* del contrato, las reglas y principios generales (*pacta sunt servanda* e irrevocabilidad de los contratos) son contrarios al otorgamiento de semejante derecho, aun en el caso de que el contrato haya sido *intuitu personae* o haya instaurado una relación de confianza entre los contratantes» (*La relevancia...*, cit., p. 75). No obstante, este autor considera que, en un importante grupo de casos de servicios prestados por profesionales liberales (v. gr. paciente que decide poner fin al tratamiento médico a que se estaba sometiendo en una clínica privada, cliente que decide sustituir al abogado que le estaba asesorando en la compra de su vivienda, empresario que decide prescindir de los servicios de su asesor fiscal, etc.) es posible deducir el derecho a desistir unilateralmente —sin más obligación que la de abonar los servicios prestados hasta ese momento— de una voluntad tácita de los contratantes o de los usos sociales aplicables a la específica forma en que hayan contratado» (*La relevancia...*, cit., p. 80).

¹⁰¹ En este sentido C. VILLANUEVA LUPIÓN expresa que «[E]l criterio que permite sustentar la facultad del desistimiento unilateral para el destinatario o cliente en un contrato bilateral como es el contrato de servicios remunerado, en el que ambas partes ostentan un interés contractual, no puede ser otro, de manera general, que el derivado del carácter de contratos basados en la confianza profesional. Por lo expuesto, [...] si la confianza en la relación se pierde por el cliente o destinatario del servicio, no procede continuar el vínculo en contra de su voluntad» (*Los contratos de servicios*, Madrid, 2009, p. 158). La jurisprudencia reconoce reiteradamente que en estos contratos de servicios tiene especial importancia la extinción de la relación contractual por decisión unilateral de una de las partes, al tratarse de contratos fundados en la relación de confianza (*intuitu personae*) propia del mismo. La resolución unilateral —se afirma— no es lícita a no ser que se trate de un contrato *intuitu personae*, basado en la confianza (Pueden verse STS de 29 de abril de 1998, [RJ 1998/2601], STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007/3881], STC de 26 de noviembre de 2013 [JUR 2014/48926]).

determinada; pensamos que la valoración arbitraria de estas circunstancias por el cliente ha de poder permitirle terminar el contrato de servicio.

Por todo ello, dentro de un eventual régimen común del contrato de servicio, podría y debería articularse una regla general que permitiera siempre al cliente su desvinculación unilateral *ad nutum*. La simple pérdida del interés en obtener el resultado ha de posibilitar al acreedor del servicio disponer sobre su continuación y poder decidir libremente poner fin a la relación.

Y, así las cosas, creemos que ninguna dificultad existiría para implementar la regla que a este respecto propone el DCFR: IV.C artículo 2:111: *Derecho del cliente a resolver el contrato*¹⁰², cuyo tenor bien podría reproducirse en nuestro Ordenamiento:

*«El cliente puede resolver la relación contractual en cualquier momento mediante notificación al prestador del servicio»*¹⁰³.

¹⁰² Que, como es sabido, da continuidad a la Propuesta de los PEL SC, en la que ya se contemplaba el derecho del cliente a dar por terminada la relación contractual; un derecho a «cancelar» el contrato de servicio que se regulaba en términos de gran amplitud, siendo posible su ejercicio en todo momento y sin especificar la razón.

Artículo 1:115:

(1) *El cliente puede cancelar el contrato en cualquier momento.*

(2) *Si el contrato se cancela en virtud de este artículo, el proveedor de servicios tiene derecho a daños que le sitúen lo más cerca posible de la posición en la que hubiera estado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido. Tales daños deben cubrir la pérdida que el prestador de servicios haya sufrido y la ganancia de la que ha sido privado.*

(3) *Para determinar la posición en la que el proveedor de servicios debe ser puesto a los efectos del párrafo anterior (2), se tendrán en cuenta, entre otras cosas, las siguientes reglas:*

(a) *si se acordó el pago de un precio determinado, el proveedor de servicios tiene derecho a ese precio menos los gastos que razonablemente evitó y el beneficio que razonablemente podría haber obtenido.*

(b) *si se acordó el pago de una tarifa basada en un tipo particular, el proveedor tiene derecho al pago de la cuota sobre la base de ese tipo en la medida en que el servicio ya se ha realizado, y*

(c) *si se acordó el pago de una tarifa basada en resultados, el proveedor del servicio tendrá derecho tanto al pago de los costos en que razonablemente haya incurrido, en la medida en que el servicio ha sido ya realizado, como a la ganancia de la que el proveedor de servicios ha sido privado como resultado de la cancelación.*

¹⁰³ Manifiesta P. DE BARRÓN ARNICHES que la fuente de inspiración de esta normativa es el Derecho alemán (*El contrato de servicio...*, cit., p. 65). En efecto, el BGB regula la *denuncia* como causa de extinción del contrato de servicios (parágrafos 620-630), si bien diferencia, en primer lugar, la *denuncia ordinaria*, para los contratos de servicios de duración indeterminada (620-622); en segundo término, la *denuncia especial* para contratos contraídos por más de cinco años o por la duración de la vida de una persona; y, finalmente, la *denuncia extraordinaria* que puede producirse por una causa seria sin plazo de preaviso (626) o en caso de relación de confianza (627). Este último tipo de denuncia juega en supuestos de médicos, abogados, consejeros, auditores de cuentas, arquitectos, etc. Por tanto, el párrafo 627 BGB prevé incluso la facultad de resolver unilateralmente el contrato de servicios —sin atender al elemento temporal— fundamentándose en la relación de confianza: «[S]i el obligado a la prestación de servicios, sin estar en una relación estable con sueldo fijo, ha de prestar servicios de alta categoría que suelen encomendarse en base a una especial confianza, la denuncia es admisible incluso sin el presupuesto señalado en el párrafo 626 (* Observancia de un plazo de denuncia)».

Como manifiesta D. MEDICUS, «el *motivo capital* para este derecho extraordinario de denuncia, según la opinión dominante derogable por el contrato individual, es la confianza en la relación jurídica requerida

Compartimos con los autores de la Propuesta europea que el cliente ha de poder resolver el contrato siempre que así lo desee, independientemente de que exista o no un supuesto incumplimiento por parte del proveedor del servicio. El desistimiento no debe considerarse una solución jurídica, sino más bien el reconocimiento del hecho de que el cliente ya no desea que se preste el servicio, aunque el proveedor del servicio esté cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato de forma adecuada. Las circunstancias pueden variar tras la celebración del contrato y pueden otorgar al cliente un interés legítimo en resolverlo¹⁰⁴.

Y éste es —estimamos— el mismo espíritu de la sensata norma que ha propuesto J. Caffarena en la Comisión General de Codificación:

Párrafo 2º del artículo 1592 (Borrador):

«El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento».

En definitiva, esta disposición del pre-legislador, que sanciona la genérica facultad del cliente de finalizar el contrato, en cualquier momento, por medio de su desistimiento unilateral sin atender a circunstancias temporales o de concurrencia de justa causa que lo justifique, se acomoda absolutamente a la propuesta del DCFR, por lo que creemos que debería consolidarse en una futura regulación de los contratos de servicio.

Otorgado (*de lege ferenda*) al cliente este derecho a resolver la relación, procede a continuación reflexionar sobre las exigencias a las que debería ajustarse su ejercicio.

6.2. Exigencias a las que debe ajustarse el ejercicio del derecho de desistimiento por el cliente: notificación y preaviso.

Como hemos manifestado, opinamos que en una futura reglamentación del contrato de servicios, ningún obstáculo existiría en el Ordenamiento para admitir el derecho del cliente a poner fin a la relación obligatoria de servicio. Pues bien, tal desistimiento debería ejercitarse mediante una *notificación* al proveedor del servicio (sujeto pasivo

—aun simplemente unilateral e infundada—, luego de la desaparición de esta confianza no tiene que proseguirse. Pero también se considera que el acreedor del servicio, simplemente, «ha pensado otra cosa»: el paciente, por ejemplo, no quiere operarse ya o el mandante no quiere continuar el pleito; el párrafo 627 protege también la libre decisión del acreedor del servicio» (*Tratado de las relaciones obligacionales*, I, edición española por A. Martínez Sarrión, Barcelona, 1995, p. 530)

¹⁰⁴ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., pp. 1696 a 1698. Resulta ilustrativo el ejemplo que nos aportan: el propietario de una casa celebra un contrato con un arquitecto con el fin de que elabore un Proyecto de ampliación de la misma y, al cabo de unas semanas, este propietario puede decidir que ya no desea la ampliación y resolver su relación contractual con el arquitecto. El interés del cliente en no tener que aceptar un servicio que ya no desea está por encima del interés del proveedor del servicio de poder continuar prestándolo, si bien este último siempre tendrá derecho a la restitución de todo aquello que haya otorgado en virtud del contrato y a una plena indemnización económica por la pérdida provocada por la resolución no justificada.

del derecho que tras su recepción debería interrumpir la prestación) que, conforme al principio general de libertad de forma, no tendría por qué requerir forma precisa alguna¹⁰⁵. No obstante, en tanto declaración recepticia, el cliente tendría la carga de la prueba y sensatamente debería optar por un medio de notificación que le permitiera dejar constancia del ejercicio del derecho y de su fecha. Como excepción, si el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria o la ley hubieran exigido de manera expresa una forma determinada —hipótesis muy infrecuentes tratándose de contratos de servicios—, la comunicación de la voluntad del cliente de desistir debería también revestir dicha forma, siendo ineficaz si no la poseyese¹⁰⁶.

Ahora bien, si el cliente quiere extinguir la relación contractual mediante el desistimiento unilateral, ¿podría hacerlo en cualquier momento?, ¿podría cancelar el contrato con efectos inmediatos? o ¿debería estar obligado a comunicar a quien presta el servicio su voluntad de hacer uso de tal derecho con cierta antelación?, esto es, ¿debería necesariamente efectuar un preaviso?¹⁰⁷.

Sabemos que el Código Civil carece de una reglamentación específica del desistimiento y, en consecuencia, de sus presupuestos de ejercicio, pero, en la medida en que es consustancial al ejercicio de todo derecho, la doctrina y jurisprudencia han venido afirmando que en los contratos duraderos por tiempo indeterminado el ejercicio de la facultad de desistimiento debe ajustarse a las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC), lo que se traduce en la necesidad de preaviso¹⁰⁸. La concreción del plazo dependerá de

¹⁰⁵ El Tribunal Supremo ha admitido incluso la forma tácita del desistimiento, en un supuesto en el que el cliente (una aseguradora) no notificó al prestador del servicio (un perito) su desistimiento del contrato de servicios de peritación (contrato de duración indefinida con una retribución fija mensual y otra variable en función de los asuntos), pero durante un mes no le encargó asunto alguno y al final del mismo no le pago el fijo mensual acordado. No obstante, atendiendo a la buena fe y a la seguridad jurídica, obliga a la compañía aseguradora a indemnizar al perito con una cantidad correspondiente a la retribución fija mensual (STS de 12 mayo 1997 (RJ 1997/4121)).

También resulta de interés la STS de 13 de mayo de 1993 (RJ 1993/3546) en la que puede leerse que «[A]l no establecerse nada en dicho precepto [1594] sobre la forma de expresión del desistimiento, bastará con una manifestación de voluntad del interesado, realizada en cualquiera de las maneras admitidas en derecho, entre ellas, por tanto, las de índole tácita, en cuya categoría, cabría incluir la derivada de aquellas situaciones que demuestran, por su equivalencia, una evidente intención o voluntad de impago de la obra».

¹⁰⁶ En Teoría General, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1088.

¹⁰⁷ El preaviso ha sido definido como el lapso de tiempo que transcurre entre el momento en que se notifica a la otra parte la intención de desligarse del vínculo jurídico y el momento de la ruptura propiamente dicha (hace suya esta definición M. KLEIN, *El desistimiento...*cit., p. 185). La importancia, se nos dice, está en el plazo o antelación con que se comunica el desistimiento, que actúa como un *término suspensivo de la eficacia* de aquel. Sobre su duración, se menciona que debe ser un plazo «razonable» y, en tanto que su finalidad es que el sujeto pasivo del desistimiento pueda tomar las medidas necesarias para evitar los perjuicios de una ruptura brusca, debe estar por tanto en función de tales medidas, que necesariamente diferirán en cada caso concreto (*El desistimiento...*cit., p. 202).

¹⁰⁸ Véase M. KLEIN, *El desistimiento...*cit., p. 181. A su juicio, el instituto del deber de preaviso (que sólo se contempla expresamente en contratos de duración indefinida en el artículo 302 CCo, en relación con los factores o mancebos, y en el artículo 25 de la Ley 12/1992 reguladora del Contrato de Agencia) no tiene entidad suficiente como para elevarlo por sí mismo a Principio General del Derecho; es más

las circunstancias concurrentes¹⁰⁹. Parece sensato que deba transcurrir un lapso de tiempo entre el momento de la notificación de las intenciones y el de la ruptura efectiva de la relación (que inicialmente carecía de plazo de duración determinada) a fin de mitigar los daños derivados de la imprevista interrupción del vínculo. Se trata, se nos dice, de una exigencia que cumple una función tuitiva de aquél frente al que se desiste: para que pueda tomar las medidas que considere necesarias para proteger sus intereses en vista de la próxima extinción del vínculo¹¹⁰.

La facultad de desistir con el requerimiento de comunicación anticipada o preaviso fue atribuida expresamente en los contratos indefinidos, a ambos contratantes, en el fracasado Proyecto de ley de 1994 sobre contratos de servicios y de obra:

Artículo 1587: «En los servicios que no tengan plazo de duración, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato, comunicándolo a la otra con una antelación de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor».

El preaviso sirve, afirmaba A. López López, «para evitar que una interrupción a discreción de una de las partes, en la medida en que sea deudora, ocasione un daño excesivo en su derecho de crédito a la otra. El lapso temporal entre la comunicación del desistimiento y la cesación de los efectos del contrato da lugar a un periodo que asegura una ordenada disciplina de dicha cesación, con todo lo que ello conlleva de evitación de perjuicios. En estas condiciones [...], el obsequio del preaviso en el contrato de servicios impide cualquier pretensión indemnizatoria del que vea ejercitado por el otro contratante el desistimiento unilateral»¹¹¹.

Como vemos, en relación a los servicios sin plazo de duración, la exigencia de la comunicación anticipada de la voluntad de desistir pretende atemperar los perjuicios que pudiera sufrir el contratante que lo soportase y, siendo adecuadamente observada, le privaría de toda indemnización de daños¹¹². Por tanto, de ser decisión del cliente, si

correcto entender que se trata de un aspecto más derivado de la aplicación de la buena fe (que impone esta concreta obligación como corolario del mandato genérico de corrección y diligencia en el ejercicio de los derechos) y de la función integradora que este principio cumple (El desistimiento...cit., p. 200). Un análisis de la jurisprudencia al respecto en S. ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Aranzadi Civil, 1998-I, p. 120, nota 43. En fechas más recientes, la STS de 21 de noviembre de 2005 expresa que «si el preaviso no se ha pactado, no por ello no ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios (art. 1258 del Código Civil)» (RJ 2005/7677).

¹⁰⁹ Véase la STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7677).

¹¹⁰ Ampliamente M. KLEIN, *El desistimiento...*cit., p. 191.

¹¹¹ «La proyectada...», cit., p. 45.

¹¹² Como ya expresara la STS de 22 marzo de 1988, «[...] la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes, del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo....» (RJ 1988/2224). Como regla —se expresa en la STS de 15 de marzo de 2011— del desistimiento de la distribución por tiempo indefinido no deriva la obligación de indemnizar; la indemnización está subordinada a que se acredite que la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una

éste cumple tal requisito temporal, podría excepcionar toda pretensión indemnizatoria del prestador.

Ahora bien, ¿*Quid* si el cliente omitiese el preaviso o no lo ejercitase tempestivamente? Se defendió que la falta o inadecuación temporal de preaviso no haría ineficaz el desistimiento: «que el ejercicio intempestivo o no ejercicio del preaviso diera lugar a la ineficacia del desistimiento (con la consecuencia de que quien desiste, si no continua cumpliendo, queda incurso en mora) y la relación se mantuviera hasta que, en su caso, se ejercitase de nuevo el desistimiento en condiciones regulares *no es una buena solución* (la cursiva es nuestra); más funcional y menos conflictivo es liquidar el contrato aunque con la oportuna indemnización»¹¹³.

Ciertamente, y aun cuando —como sabemos— este comentario se circunscribe a un fallido Proyecto de ley, lo cierto es que esta tesis que mantiene la validez del desistimiento no preavisado o intempestivo ha sido y es defendida en Teoría General de las obligaciones por la mejor doctrina¹¹⁴, así como claramente adoptada para numerosos contratos de servicios por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁵. Y de ahí que nos parezca indiscutible que, en una futura regulación general del desistimiento del contrato de servicios, el preaviso no debería ser nunca un requisito esencial que condicionara el válido ejercicio del derecho¹¹⁶. Defender su carácter constitutivo y la consiguiente nulidad del desistimiento por su inobservancia resultaría inadmisibles, toda vez que, siendo contratos que están basados en la confianza, el cliente que desiste ya no desea que se le preste el servicio y no es sensato compelerle a que continúe recibiendo la prestación.

Lo anterior no impide, a nuestro juicio, que pueda considerarse al preaviso un *elemento eventual* (en el sentido de que puede o no concurrir)¹¹⁷, cuya omisión —que nunca privaría de eficacia al desistimiento— u ejercicio¹¹⁸ tenga una clara repercusión indemnizatoria. Así, en los contratos de servicios indefinidos y en aquellos en los que convencionalmente se hubiera pactado un derecho de desistimiento con la obligación de preavisar —en los que, como a continuación detallaremos, el prestador carece como regla de pretensión indemnizatoria frente al cliente— su omisión obligaría a quien

agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior (RJ 2011/3321). L. DÍEZ-PICAZO se hace eco de la jurisprudencia que admite que, tratándose de un negocio de exclusiva de tracto continuado y sin limitación concreta en cuanto a su duración, se puede dar por concluido sin compensación alguna por este hecho, salvo abuso de derecho o mala fe (*Fundamentos...*, II, cit., p. 1088).

¹¹³ A. LÓPEZ y LÓPEZ, «La proyectada...», cit., p. 45.

¹¹⁴ Por todos L. DÍEZ-PICAZO, quien textualmente expresa que «[l]a violación de la buena fe no impide la extinción de la relación» (*Fundamentos...*, II, cit., p. 1088).

¹¹⁵ Pueden verse las STS 3 de julio de 1986 (RJ 1986/4408), STS 16 de octubre de 1995 (RJ 1995/7408), STS 12 de mayo de 1997 (RJ 1997/4121).

¹¹⁶ En Teoría General, también M. KLEIN se muestra partidaria de que el preaviso no deba considerarse un elemento constitutivo del acto de desistimiento (*El desistimiento...*cit., p. 226).

¹¹⁷ M. KLEIN lo califica de elemento *contingente* (*El desistimiento...*cit., p. 225).

¹¹⁸ A nuestro juicio, deberían ser el pacto o los usos los que condujeran a la consideración de si el ejercicio del preaviso es o no tempestivo.

desiste bruscamente a indemnizar el daño causado por su inobservancia¹¹⁹; y en los contratos de servicios de duración determinada —en los que, como regla, el cliente debe dejar indemne al prestador que sufre el desistimiento— la observancia del preaviso, en la medida en que puede permitir al prestador prever la extinción y reducir algunos daños, podría por el contrario minorar la indemnización que debe soportar el cliente.

En definitiva, pensamos que todo cliente de un contrato de servicio debería siempre poder extinguir la relación contractual en cualquier momento y con efectos inmediatos. El preaviso —exigencia del artículo 1258 CC— no puede considerarse requisito esencial para la validez del desistimiento, pero su observancia o inobservancia afectará a las consecuencias indemnizatorias derivadas del desistimiento¹²⁰.

Por todo ello, insistimos nuevamente en que ninguna dificultad tiene implementar en el Ordenamiento la previsión del DCFR:

IV.C artículo 2:111 (1): «*El cliente puede resolver la relación contractual en cualquier momento mediante notificación al prestador del servicio*».

Como vemos, se facilita que el cliente pueda resolver el contrato en cualquier momento mediante notificación¹²¹; notificación, manifiestan sus autores, que se hace efectiva cuando llega a su destinatario, a no ser que se contemple que se haga efectiva de forma retardada. Por tanto, el cliente puede cancelar el contrato de forma inmediata o efectuar la notificación con antelación. Las notificaciones pueden realizarse en cualquier forma adecuada a las circunstancias¹²².

¹¹⁹ El daño indemnizable sería únicamente el producido por el incumplimiento del preaviso. Como ya afirmara la jurisprudencia: «...siendo que el incumplimiento de la concedente advertido por la Audiencia no radica en la finalización de la relación negocial sino en haberse utilizado la facultad de extinguirla sin atenderse para ello a lo expresamente pactado sobre el preaviso, debiendo paralelamente reducirse y contraerse la indemnización a las consecuencia económicas ligadas a la omisión del preaviso pero sin que sea lícito extenderla a los daños y perjuicios producidos por la resolución misma» (STS de 3 de julio de 1986. RJ1986/4408). La falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo obligará a indemnizar el daño específicamente producido o aquella agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior (STS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321])

M. KLEIN, respecto a la cuantía del daño indemnizable, opina que ésta vendría determinada, en principio, por lo que el contratante frente al que se desiste hubiera tenido derecho a recibir durante el periodo en el que la relación debía seguir vigente de haberse respetado el plazo de preaviso. No obstante, en la medida en que el preaviso pretende también proporcionar un periodo durante el cual se puedan tomar medidas oportunas frente a la extinción (búsqueda de un nuevo contratante, liquidación de la relación comercial, etc.), las consecuencias de su omisión deben extenderse a cualquier otro perjuicio que se relacione con no haber dispuesto del tiempo suficiente para llevar a cabo estas disposiciones (Véase *El desistimiento...cit.*, p. 236).

¹²⁰ Véase epígrafe 6.3

¹²¹ Ello, al margen de las consecuencias indemnizatorias en las que nos detendremos a continuación.

¹²² VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1698.

Y éste es —consideramos— el mismo espíritu que intenta plasmar artículo 1592 del Borrador de Anteproyecto redactado por la Comisión General de Codificación, que permite al cliente extinguir en cualquier momento todo contrato de servicio

Artículo 1592 (borrador):

2. «El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento; [...]».
3. «Si los servicios se hubieran contratado por tiempo indefinido, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación contractual de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 1121» (*)

(*) Artículo 1121 de la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos, a cuyo tenor: «[S]i las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe».

6.3. Consecuencias del desistimiento unilateral del cliente: deberes de liquidación e indemnización de daños al proveedor

Nuestra propuesta *de lege ferenda* de que el cliente pueda poner fin con facilidad (mediante notificación o denuncia) a toda relación contractual que le vincula con el profesional —llámese desvinculación, extinción, cancelación, renuncia, resolución, término, finalización unilateral, receso o, como viene siendo frecuente, desistimiento unilateral— debe necesariamente acompañarse de las oportunas reglas que garanticen el respeto a la posición contractual del prestador del servicio que, aun observando todas sus obligaciones contractuales, va a tener que soportar el desistimiento incluso en contra de su voluntad.

No habría que cuestionarse, para empezar, que esta renuncia anticipada del cliente tuviese un efecto extintivo *no retroactivo*, por lo que las prestaciones ya ejecutadas y las atribuciones realizadas como consecuencia de ellas habrían quedado efectivamente consolidadas¹²³; esto es, el desistimiento produciría siempre una extinción *ad futurum* de la relación existente entre las partes¹²⁴. Debería ser indiscutible que el desistimiento *no afectara a ningún derecho contractual adquirido* por cualquiera de ellas con anterioridad al momento de la terminación del contrato.

Partiendo de la premisa de que la finalización del contrato operaría *ex nunc* y sin afectar a derechos adquiridos, el efecto extintivo del vínculo provocado por el desistimiento habría de llevar consigo naturalmente una *liquidación* de la relación obligatoria, en la que habría que determinar el importe que tiene derecho a cobrar el

¹²³ En Teoría General, esta es la regla aplicable a las relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo (L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1088).

¹²⁴ En este sentido C. VILLANUEVA LUPION, *Los contratos...* cit., p. 160.

prestador por el servicio efectivamente prestado hasta ese momento¹²⁵, y debería devolverse —de ser el caso— lo que se hubiera transmitido en virtud del contrato¹²⁶.

Pues bien, estas apreciaciones deberían reflejarse en el contenido de una inicial y genérica disposición sobre las consecuencias de la resolución unilateral del contrato de servicios, cuyo tenor podría ser el siguiente:

«La resolución unilateral del contrato por el cliente producirá la extinción no retroactiva de la relación obligatoria, por lo que no afectará a los derechos adquiridos por los contratantes. La extinción del contrato comportará la liquidación de la relación conforme a las reglas generales»

Tal regla transitaría por la senda de la propuesta académica del DCFR, cuyo artículo IV.C-2:211 párrafo 2, remitiéndose a las normas del Libro III, dispone que la resolución unilateral tiene efectos *ex nunc* y no afecta a ningún derecho contractual adquirido por cualquiera de los contratantes con anterioridad al momento de la terminación del contrato.

IV.C artículo 2:211 *Derecho del cliente a resolver el contrato*

(2) Los efectos de la resolución del contrato se rigen por lo dispuesto en el apartado (3) del artículo 1:109 (Modificación o extinción mediante notificación) del Libro III. ()*

() Art. III.-1: 109: Modificación o extinción mediante notificación.*

(3) Cuando las partes no regulen los efectos de la extinción, entonces:

a) no tendrá en ningún caso efecto retroactivo y no afectará al derecho a percibir una indemnización por daños por el incumplimiento de obligaciones que debían haberse cumplido antes de la extinción o rescisión;

b) no afectará en absoluto a las estipulaciones previstas para la resolución de conflictos, ni a cualquier otra cláusula que deba surtir efecto incluso tras su extinción; y

c) en el caso de una obligación o relación contractual, los efectos restitutorios se reglarán de conformidad con las reglas del Capítulo 3, Sección 5, Subsección 4 (restitución) con las modificaciones oportunas

Como sus propios autores afirman, «[E]n primer lugar, se aplicarán las normas habituales sobre restitución. Lo que se haya transmitido en virtud del contrato deberá devolverse. El proveedor del servicio tendrá derecho a cobrar el valor de todos los servicios prestados o de cualquier otro beneficio no transmisible otorgado al cliente.

¹²⁵ Pensamos que, a los efectos de liquidar el servicio efectivamente prestado, podrían tenerse en cuenta algunos de los criterios referidos en la Propuesta de los PEL SC (artículo 1:115. Véase supra nota 98): si se había pactado un precio cerrado por el servicio, o si el precio estaba tarifado en función de un tipo (v. gr. un importe determinado por hora) o si la tarifa está basada en resultados, etc.

¹²⁶ En Teoría General, como expresa L. DíEZ-PICAZO, extinguida una relación puede subsistir la necesidad de liquidar sus resultados o la situación que se encuentre pendiente. Citando a Larenz y a lo que éste denomina «deber de liquidación», surgen entre las partes —afirma— deberes de conducta consecuencia de la finalización de la relación obligatoria, v. gr. finalizado el arrendamiento, debe restituirse la cosa arrendada; concluido el mandato, han de liquidarse las cuentas pendientes (*Fundamentos...*, II, cit., p. 1085).

Este es el efecto del apartado [2] y no importa que el cliente tuviera o no otros motivos de resolución»¹²⁷.

Ahora bien, la cuestión más controvertida en materia de efectos del desistimiento es la relativa a si el cliente que resuelve debe indemnizar al profesional a fin de garantizar su indemnidad. Nótese que el cliente que desiste está motivado por su propia conveniencia, realiza un acto de gestión de sus particulares intereses que puede perjudicar al prestador del servicio ¿Debería siempre el cliente compensar el daño que para el prestador supone ver frustrados sus intereses económicos en el contrato que aquél ha resuelto? ¿Deben ser indemnizados todos los daños y perjuicios producidos por la propia resolución? ¿Puede el prestador reclamar una indemnización en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato?

En el Ordenamiento vigente, de la muy obsoleta regulación del arrendamiento de servicios¹²⁸, en absoluto cabe inferir un régimen común de las consecuencias indemnizatorias que conlleva el desistimiento del cliente. Pero, como afirma A. Rodríguez Guitián, la idea general que late en los artículos del Código Civil dedicados al desistimiento (por ejemplo, art. 1733, art. 1736, art. 1594) parece ser la de que el contratante que decide dar por terminada la relación contractual de modo anticipado tiene el deber de dejar indemne a la otra parte contratante¹²⁹; aunque, ciertamente, sólo en el supuesto de desistimiento del contrato de obra (art. 1594 CC) se detallan estos efectos indemnizatorios¹³⁰ que, en concreto, obligan al comitente, además de subvenir a los gastos y trabajo del contratista (propiamente deberes liquidatorios corolario de la extinción)¹³¹, a pagarle la utilidad de la obra, con el objetivo de que éste consiga el interés final que tuviera en su ejecución¹³².

¹²⁷ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1696.

¹²⁸ En la doctrina, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN insiste en que la regulación prevista en los artículos 1583 a 1587 nace en buena medida obsoleta: ya en el momento de la redacción del Código, el trabajo asalariado había adquirido trascendencia y precisaba una regulación adecuada a la realidad del trabajador de la Revolución Industrial. Se trata de una normativa —continúa recordándonos— que en la actualidad no puede aplicarse con carácter general a ningún servicio, ya que la materia regulada en los mismos se haya sometida a las disposiciones del Derecho del Trabajo («El desistimiento...», cit., p. 683).

¹²⁹ «El desistimiento...», cit., p. 716.

¹³⁰ Consecuencias indemnizatorias que, no obstante, tienen carácter dispositivo, pues, como afirma A. GALVEZ, establecido el 1594 CC en interés del comitente y no existiendo razones de orden público, parece que los contratantes podrán excluir su aplicación o establecer otros conceptos indemnizatorios distintos para el caso de que el comitente ejercite esta facultad (*La relevancia...*cit., p. 63). En el mismo sentido K.J. ALBIEZ DOHRMANN, para quien «el artículo 1594 es una norma dispositiva, y, por tanto, la facultad de desistir puede condicionarse, limitarse o excluirse mediante cláusulas en el contrato de obra» («Artículo 1594», *Comentarios al Código Civil* coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2013, p. 11272).

¹³¹ Para la valoración de los gastos y trabajo hay que atender a criterios de contabilidad ordinaria, y tener en cuenta, p. ej., los gastos generales, amortización y otras cargas (P. SALVADOR CODERCH, «Artículo 1594»... cit., p. 1204).

¹³² Utilidad, manifiesta P. SALVADOR CODERCH, calculada siempre en relación al beneficio que se hubiera obtenido de haberse realizado el total de la obra, descontando el que efectivamente se hubiera obtenido por la eventual realización de parte de la obra y el consiguiente cobro de una parte del precio:

No obstante esta idea, la mejor doctrina¹³³, en sintonía con la jurisprudencia, viene admitiendo que las relaciones duraderas o de tracto sucesivo, cuya duración sea indefinida y que reúnan el carácter *intuitu personae* (relaciones fundadas en la confianza), pueden darse por concluidas por cualquiera de las partes a su voluntad sin compensación alguna entre ellas por este hecho, salvo la concurrencia de abuso de derecho o de mala fe. El Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial consolidada, únicamente concede indemnización si hay un perjuicio ilegítimo para quien soporta el desistimiento fruto de un ejercicio abusivo o de un enriquecimiento injusto del disidente¹³⁴.

En la realidad, el Tribunal Supremo, como constata M.J. Vaquero Pinto¹³⁵, cuando no resulta aplicable el artículo 1594 CC y nada se ha pactado al respecto, ha venido adoptando frente a los desistimientos unilaterales en los contratos de servicios soluciones indemnizatorias diversas: en ocasiones, incluso pese a no tratarse de un

indemnidad no es enriquecimiento. Para fijar su montante habrá que atender en primer lugar al contrato y, en su defecto a los usos (en ocasiones 15%) («Artículo 1594»... cit., p. 1204).

Compartimos la idea de que la solución indemnizatoria abstracta del 1594 CC, en la que el contratista no ha de probar la realidad del daño derivado del desistimiento del comitente, no es la adecuada: puede dar lugar a enriquecimientos injustificados si, por ejemplo, el contratista ha utilizado alternativamente sus recursos. Como expresa P. SALVADOR CODERCH, el CC concede efectivamente una acción indemnizatoria hasta cubrir la utilidad contractual «pero ello no habrá de constituir una patente de corso para financiar la inactividad dolosa del contratista que, pudiendo fácilmente encontrar una utilización alternativa de sus recursos, decide no hacerlo así; el dueño de la obra que pruebe esta circunstancia podrá oponer la *exceptio doli*» («Artículo 1594»... cit., p. 1204).

¹³³ L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 1087, M. KLEIN, *El desistimiento...*cit., p. 140.

¹³⁴ Véase la STS de 22 de marzo de 1988 (1988/2224) en la que puede leerse «[Co]mo consecuencia de la doctrina jurisprudencial anteriormente anotada [SS 14 febrero y 17 de diciembre de 1973 (RJ 1973/472 y RJ 1973/4788) y 11 de febrero de 1984 (RJ 1984/646)] debe concluirse que, si bien la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes, del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo [...] sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa». En definitiva, «que la concesión de la indemnización no se basa, como ya se apuntó en la responsabilidad por resolución unilateral del contrato, sino en el aprovechamiento subsiguiente por parte de la demandada, de la captación de clientela realizada por la actora».

También, entre otras, la STS de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997/4121) —relativa a un contrato de servicios profesionales (perito tasador) sin determinación de tiempo de vigencia y predominando en la relación contractual el principio *Intuitu personae*— expresa que «la falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto»

¹³⁵ *El arrendamiento...*, cit., p. 475.

arrendamiento de obra propiamente dicho, ha aplicado las consecuencias del artículo 1594 CC¹³⁶, pero, en otros supuestos (sobre todo de servicios prestados por profesionales liberales: médicos, abogados, arquitectos, etc.), ha limitado sin embargo sus efectos a la liquidación de los trabajos realizados¹³⁷.

En el plano legislativo, ambas soluciones parece que quisieron plasmarse en el Proyecto de Ley 121/43 de modificación de la regulación sobre contratos de servicio y de obra de 1994, en el que, para el específico contrato de obra, el artículo 1597 disponía que:

«El comitente puede desistir, por su sola voluntad, de la obra aunque se haya empezado, pero deberá indemnizar al contratista todos sus gastos y trabajo, así como el beneficio que habría obtenido de haberla terminado».

Y, para los contratos de servicios por tiempo indefinido, el artículo 1587 preceptuaba que:

«En los servicios que no tengan plazo de duración, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato, comunicándolo a la otra con una antelación de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor», a lo que sus comentaristas añadían que «salvo determinación legal expresa, que no se da en el artículo 1587, el obsequio del preaviso en el contrato de servicios impide cualquier pretensión indemnizatoria del que vea ejercitado por el otro contratante el desistimiento unilateral»¹³⁸.

¹³⁶ Véase la STS de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/865) en la que se admite que el dueño de un negocio pueda en cualquier momento prescindir por decisión unilateral de la valiosa colaboración de la empresa de gestión con la que le liga un contrato de servicios «sin necesidad de dar explicaciones, pero en todo caso, con obligación de indemnizar o de compensar al gestor en la forma prevista por el artículo 1594 del Código Civil»

¹³⁷ Así, la STS de 6 de octubre de 1989 (RJ 1989/6891) admite «la consideración acertadamente vertida por los órganos de la instancia del carácter *intuitu personae* que ha de reconocerse a los servicios prestados por Letrados a sus clientes, basados principalmente en la confianza que éstos depositan en aquéllos y que puede serles restirada en cualquier momento, sin que las normas colegiales impongan otro requisito para ello que el del abono previo de los prestados».

A juicio de M.J. VAQUERO PINTO, es el criterio —que ella denomina— de la «ocasionalidad en la prestación de los servicios» el que emplea la jurisprudencia para determinar en cada caso las consecuencias que derivan del desistimiento. Según su apreciación, tratándose de relaciones estables (que implican una cierta estabilidad económica como consecuencia de la exclusividad con la que se presta el servicio, presumiéndose dificultades para la sustitución de la clientela) con cierta afinidad a las relaciones laborales, el Tribunal Supremo se inclina por considerar la idea del incumplimiento contractual o la del desistimiento con las consecuencias indemnizatorias del 1594; en cambio, si se trata de trabajos realizados de forma ocasional (como puede ser el caso de profesiones liberales, en que el prestador desenvuelve su actividad mediante una cartera más o menos amplia y variable de clientela, por lo que puede presumirse una mayor facilidad para el reemplazo) tiende a limitar las consecuencias a la liquidación de los servicios prestados (*El arrendamiento...cit.*, p. 478).

¹³⁸ A. LÓPEZ Y LÓPEZ, «La proyectada...», cit., p. 45. A su juicio, en estos contratos sin duración determinada, la existencia de este preaviso impediría cualquier pretensión indemnizatoria por parte del destinatario de la declaración, si bien el inadecuado ejercicio del mismo traería consigo, junto a la liquidación del contrato, la oportuna indemnización por tal desistimiento intempestivo. Nótese que este autor ya se cuestionaba qué solución debería adoptarse para las prestaciones de servicio que suponen una especial relación de confianza.

Es conocido el resultado poco exitoso de esta iniciativa y que la amplia Propuesta de Anteproyecto de Ley para la reforma del Libro IV del Código Civil sobre obligaciones y contratos¹³⁹ no ha regulado específicamente el contrato de servicios, pero —como también hemos mencionado— el Borrador de Anteproyecto elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en 2011¹⁴⁰ aborda una nueva reglamentación del contrato de servicios y, a este respecto, parecen reiterarse previsiones similares a las del referido Proyecto de 1994.

Así, en el propuesto artículo 1592, párrafo 2º, generaliza el deber de dejar indemne a la parte que soporta el desistimiento al disponer que:

2. *«El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener».*

En tanto que su párrafo 3º, omitiendo cualquier referencia a pretensión indemnizatoria alguna, parece excepcionar la norma anterior en los casos de servicios de duración indefinida al preceptuar que:

3. *«Si los servicios se hubiesen contratado por tiempo indefinido, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación contractual de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 1121»*¹⁴¹.

Como vemos, frente al desistimiento unilateral del cliente, parece que *de lege ferenda* se aboga por una regla general que conceda al prestador del servicio una acción indemnizatoria hasta cubrir la utilidad contractual, excepcionando los servicios contratados por tiempo indefinido, donde se obvia toda pretensión indemnizatoria al prestador que lo soporta (eso sí, siempre que éste sea hecho de buena fe por su cliente).

Así las cosas, de consolidarse esta propuesta estaríamos ante la plasmación legal de las diferentes soluciones indemnizatorias que ya la jurisprudencia venía articulando en sus pronunciamientos, pues, como ya ha quedado reflejado, el Tribunal Supremo —que reconoce ampliamente la facultad del acreedor del servicio de poner fin a la relación— no viene aunando al desistimiento siempre idéntica consecuencia indemnizatoria.

¹³⁹ Boletín de información, año LXIII, Madrid, enero de 2009.

¹⁴⁰ Véase ESCARTÍN, ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «Contrato de servicios», en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, cit., p. 631; y en «El contrato de servicios», en *notariosyregistradores.com*, cit., p. 19.

¹⁴¹ Recuérdesse que el artículo 1121 referido es de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos y dispone que «[S]i las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe».

Y es que —a nuestro juicio, con acierto— no ha de producir idéntico efecto compensatorio para el prestador el desistimiento del cliente v. gr. de un contrato de duración determinada, que el de un contrato sin plazo, o que el de un contrato de servicio de un profesional liberal, o que el de un contrato de servicio en el que ha sido prevista tal posibilidad por las partes al contratar. Aunque consideremos que el cliente siempre ha de poder poner fin al contrato de servicio porque él, en términos de A. López y López¹⁴², es el único juez de su conveniencia, pensamos que hay distintas circunstancias contractuales que han de tenerse en cuenta necesariamente a la hora de determinar las consecuencias indemnizatorias de su actuación.

En otros términos, la motivación del cliente a la hora de poder desligarse del contrato, tratándose de un desistimiento libre, discrecional y *ad nutum*, es indiferente, pero, aun cuando su poder de extinción unilateral no requiera causa alguna, hay particularidades en el contrato (v. gr. es de duración indefinida, hay un pacto entre las partes, etc.) que pueden y deben justificar que sean diferentes las consecuencias derivadas de su ejercicio; así, en ocasiones, deberán indemnizarse todos los daños causados al proveedor y, a veces, bastará con liquidar el servicio efectivamente prestado.

Este entendimiento es el que subyace en el DCFR que, otorgando al cliente el derecho a resolver siempre que quiera, contempla diferentes soluciones indemnizatorias dependiendo de que el cliente ponga fin (*to terminate*) a la relación contractual con o sin justificación:

IV.C artículo 2:111: *Derecho del cliente a resolver el contrato*

[....]

3. Cuando el cliente resuelva la relación contractual de manera justificada, no deberá abonar indemnización alguna por este concepto.

4. Cuando el cliente resuelva la relación contractual sin justificación, la resolución seguirá siendo válida, pero el prestador del servicio podrá reclamar indemnización por daños de conformidad con lo dispuesto en el Libro III.

5. A los efectos del presente artículo, el cliente resuelve la relación contractual justificadamente si:

a) puede resolverla según los términos contractuales expuestos y respeta los requisitos establecidos para ello en el contrato;

b) puede resolver la relación contractual según lo dispuesto en la Sección 5 (Resolución) del Título 3 del Libro III.

c) puede resolver la relación según lo dispuesto en el apartado (2) del Artículo 1:109 (Modificación o resolución mediante notificación) del Libro III y lo notifica con la antelación prevista en dicho artículo.

Como vemos, la libre decisión del cliente de finalizar la vinculación contractual —que será en todo caso efectiva— le obliga en principio a resarcir los daños al profesional y, sólo si esa resolución unilateral encuentra justificación en una de las causas que se tipifican, el cliente no deberá afrontar compensación alguna.

¹⁴² «La proyectada...», cit., p. 46.

Por tanto, como regla, el cliente deberá pagar una indemnización de daños y perjuicios al proveedor del servicio, lo que le garantizará a éste último no salir perdiendo cuando aquél ejerza sin motivo su derecho de resolución¹⁴³. Tal indemnización de daños se disciplinará conforme a las reglas generales del libro III¹⁴⁴, esto es —expresan sus autores— conforme a las normas habituales sobre indemnizaciones de daños y perjuicios. Esto significa que el proveedor del servicio tiene derecho a que se le devuelva, en la medida de lo posible, a la situación en la que se hubiera encontrado si se hubieran cumplido debidamente las obligaciones contractuales. La indemnización que se habrá de abonar deberá cubrir la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la que se ha visto privado. En otras palabras, el cliente deberá reembolsar tanto los costes ya soportados por el proveedor como consecuencia de la prestación del servicio como los beneficios perdidos como consecuencia de la resolución¹⁴⁵.

Y tres son las causas o situaciones en las que, por estar justificada la resolución, el cliente no estará obligado a pagar indemnización: en primer lugar, cuando esta posibilidad de resolución se hubiera pactado de forma expresa en el contrato y el cliente hubiera cumplido todos los requisitos establecidos en el mismo (v. gr. antelación en la notificación de la resolución); en segundo término, cuando el cliente tuviera derecho a resolver porque el propio prestador del servicio hubiera incurrido en alguna forma de incumplimiento motivadora de resolución (incumplimiento esencial o motivo equivalente: artículos 3:502 a 3: 505 del Libro III)¹⁴⁶; y, por último, cuando el

¹⁴³ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1696.

¹⁴⁴ Conforme a las previsiones del libro III del DCFR, manifiesta J. NANCLARES VALLE, «[E]l clásico problema de la cuantificación de los daños y perjuicios se aborda estableciendo como regla general que la medida de los daños resarcibles será aquella que permite colocar al acreedor perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse cumplido adecuadamente la obligación. Dentro de la indemnización por daños se comprenderán las pérdidas efectivamente sufridas y las ganancias que haya dejado de obtener, esto es, el daño emergente y el lucro cesante. Deberán deducirse de las pérdidas las ganancias que el perjudicado haya obtenido a resultas de ese incumplimiento (*compensatio lucri cum damno*), lo que se identifica con los beneficios obtenidos tras la realización de un negocio sustitutivo de aquél que fue incumplido y cuyas condiciones resultan más beneficiosas para quien resultó perjudicado por el incumplimiento del negocio ahora resuelto. El deudor que incumple sólo responderá de los daños que hubiera previsto (o que razonablemente hubiera podido prever) al nacer la obligación como consecuencia lógica de su incumplimiento, a menos que el incumplimiento sea deliberado, temerario o gravemente negligente, en cuyo caso responderá de todos los daños causados» (*Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español* coord. por E. Valpuesta Gastaminza, Barcelona, 2011, p. 188 y ss). Puede verse el excelente trabajo de A.SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», www.indret.com, mayo de 2009, p. 2-32.

¹⁴⁵ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1697.

¹⁴⁶ El DCFR, se nos dice, apuesta por lo que se ha denominado una «visión neutra del incumplimiento desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor», esto es, el concepto de incumplimiento utilizado abarca cualquier insatisfacción del interés del acreedor: todo tipo de falta de realización de la prestación debida (incumplimiento total, defectuoso o tardío), así como el incumplimiento justificado o los casos de incumplimiento al margen de todo impedimento. Aunque sea justificado es incumplimiento, otro asunto son los mecanismos de reacción frente a ese incumplimiento justificado, que no consistirán ni en la exigencia de cumplimiento *in natura* ni en indemnización de daños y perjuicios, pero sí en el

cliente tuviera este derecho a resolver porque se tratara de un contrato de duración indefinida y, como exige la disposición 1:109 (2), hubiera notificado dicha resolución con una antelación razonable.

Compartimos con P. De Barrón Arniches que el DCFR no quiere limitar el ejercicio del derecho de desistimiento del cliente, sin embargo sí tasa los casos en los que su efectivo ejercicio, por encontrarse justificado, no genera obligación indemnizatoria alguna¹⁴⁷, excepcionando, por tanto, con *numerus clausus* la regla general que obliga al cliente que resuelve a pagar una indemnización de daños y perjuicios al prestador del servicio por la pérdida económica sufrida. La cuestión por resolver ahora es ¿resulta factible encajar esta propuesta que ofrece el DCFR en nuestro Derecho e importarla a una futura regulación general del contrato de servicios? ¿Se ajustaría a lo previsto en el Borrador de Anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación?

Pues bien, estas diferentes soluciones indemnizatorias que el DCFR plantea son perfectamente compatibles, por lo que, en una futura reglamentación del contrato de servicios, podría —y debería— propiciarse su integración; si bien, como intentaremos motivar, con el añadido de una causa más que justifique el desistimiento sin indemnización: la ruptura justificada de la relación de confianza en las relaciones de servicio *intuitu personae*.

Eso sí, pensamos que su implementación en nuestro Derecho exigiría una nueva redacción del precepto que la Comisión de Codificación propone en su borrador (art. 1592.2 y 3) y, a tal efecto, la propuesta es la siguiente:

«El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento. El cliente que desista unilateralmente del contrato de servicios deberá indemnizar al prestador los daños y perjuicios que le ocasione de acuerdo a las reglas generales de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

Cuando el desistimiento está justificado no estará obligado el cliente a indemnizar al prestador.

Está justificado el desistimiento si:

- a) Las cláusulas contractuales atribuyen expresamente al cliente una facultad de desistimiento sin obligación indemnizatoria aneja a su ejercicio.*
- b) El cliente tiene derecho a resolver motivado por el incumplimiento del prestador del servicio.*
- c) Se trata de un contrato de duración indefinida y el cliente preavisa con una antelación razonable*
- d) Se trata de un contrato intuitu personae y el cliente justifica la ruptura de la relación de confianza.*

resto de los medios de protección previstos en el cap. 3º del libro III (Puede verse J. NANCLARES VALLE, *Unificación...cit.*, pp. 164 y 177 y P. DE BARRÓN ARNICHES, *Derecho europeo...*, II, cit., p. 1202).

¹⁴⁷ *Derecho europeo...*, II, cit., p. 1202.

Que el cliente que desista deba pagar una indemnización de daños y perjuicios al proveedor del servicio, y que tal indemnización permita colocarle lo más cerca posible de la situación que hubiera tenido de haberse cumplido debidamente las obligaciones contractuales (interés contractual positivo: costes soportados + beneficios perdidos), es la regla general que contiene el DCFR [IV.C-2:111 (4)], que es perfectamente compatible y trasladable a nuestro Derecho mediante la disposición que proponemos.

Ya los Tribunales, a falta de una normativa general sobre el contrato de servicios, han venido aplicando la disposición del artículo 1594 CC, aunque no se tratara específicamente de contratos de obra¹⁴⁸, admitiendo que quien desiste —para lo que no tendrá que dar explicaciones— tendrá obligación de indemnizar en la forma prevista en dicho artículo¹⁴⁹. Y a nadie se le oculta que esta regla conduce a idéntico resultado indemnizatorio que el que derivaría de un incumplimiento¹⁵⁰; se obliga al comitente a indemnizar como lo tendría que hacer un deudor que no cumple sus obligaciones¹⁵¹. A. Gálvez no lo duda cuando afirma que «este derecho de desistimiento (*ad nutum*) es concebido por el legislador, en este caso y a efectos indemnizatorios, como un supuesto de incumplimiento imputable al dueño de la obra, al que por ello obliga a indemnizar como lo haría un deudor que incumple culposamente sus obligaciones contractuales»¹⁵². Y de tal entendimiento era ya participe el Tribunal Supremo que, si

¹⁴⁸ Véase nuevamente la STS de 9 de febrero de 1996, en la que se admite que el dueño de un negocio pueda en cualquier momento prescindir por decisión unilateral de la colaboración de la empresa de gestión con la que le liga un contrato de servicios, siempre que la indemnice conforme a las previsiones del 1594 CC: «[a]mbas partes aceptaron la calificación del contrato que les ligó, como un contrato de servicios, cuando su muy complejo contenido es mezcla también de mandato y arrendamiento de obras y en todo caso, contrato «*intuitu personae*» porque no existe duda de que para la elección de «Málaga Tur 92, SA», se tendrían en cuenta sus muy especiales condiciones personales para llevar a buen fin un proyecto necesitado de planes, estudios y también de subvenciones y de crédito oficial; todo ello, permitiría en cualquier momento al dueño del negocio incluso prescindir de la valiosa colaboración de la empresa de gestión, por mera decisión unilateral, sin necesidad de dar explicaciones, pero en todo caso, con obligación de indemnizar o de compensar al gestor en la forma prevista por el artículo 1594 del Código Civil» (RJ 1996/865).

¹⁴⁹ Se trata, afirma F. RODRIGUEZ MORATA, de un resarcimiento integral del interés que el contratista tiene en el cumplimiento del contrato, esto es, se le indemniza su interés contractual positivo o de cumplimiento contractual, y consecuentemente habrá que colocarle en aquella posición económica que tendría si el contrato de obra se hubiera ejecutado («Artículo 1594» en *Comentarios...cit.*, p. 1838)

¹⁵⁰ Véase M.J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento...cit.*, p. 470.

¹⁵¹ Las partidas indemnizatorias fruto del desistimiento —afirma G. MACANÁS VICENTE—son esencialmente idénticas a las derivadas del incumplimiento. A su juicio, hay una casi total equiparación entre el desistimiento y el incumplimiento, que se refuerza en la identidad de los efectos comunes, sobre todo en el ámbito indemnizatorio («La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?) », *Estudios sobre incumplimiento y resolución* coord. Por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y C.L. GARCÍA PÉREZ, Cizur Menor, 2014, pp. 256, 281).

¹⁵² *La relevancia...cit.*, p. 59. De opinión contraria es K.J. ALBIEZ DOHRMANN, quien no comparte que el desistimiento sea concebido por el legislador como un supuesto de incumplimiento imputable al dueño de la obra. A su juicio, «no es aceptable porque diluye la frontera que debe haber entre la acción resolutoria ex art. 1124 CC y el desistimiento ex art. 1594. Y, además, los presupuestos y requisitos de una y otra acción son bien diferentes» («Artículo 1594», *Comentarios...*, cit., p. 11274). No obstante, con posterioridad reconoce que el beneficio industrial que haya dejado de obtener el contratista tiene cierta semejanza con el lucro cesante del art. 1107, aunque —a su parecer—el fundamento de la utilidad del

bien aclarando que la indemnización prevista en el artículo 1594 CC no depende de que concurran los requisitos del artículo 1124 CC, consideraba que, ya fuera la conducta del dueño de la obra una manifestación de desistimiento o un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión: se desembocaría en el mismo resultado indemnizatorio. El resarcimiento del artículo 1124 —afirma la Sala 1ª— comprende tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cesam*, concepto éste segundo que engloba la «utilidad» de que habla el artículo 1594¹⁵³.

En atención a todo ello, pensamos que la propuesta que plasma el Borrador de Anteproyecto de contrato de servicios en el artículo 1592. 2º («*El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener*»), aun cuando tiene como fundamento la misma *ratio* —esto es, procurar la indemnidad del prestador que ha de soportar en cualquier caso el desistimiento unilateral de su cliente— debe corregirse porque se enfrenta a los mismos y reconocidos hándicaps que el artículo 1594 CC en cuestiones indemnizatorias. Así, aunque parece claro que la compensación que este precepto contempla lo es en la medida del interés contractual positivo (habida cuenta de que refiere la «utilidad» que el contratista hubiera obtenido de haber realizado la obra en su totalidad¹⁵⁴) ¿Podría comprender otros daños no previstos en la letra del precepto pero igualmente derivados del desistimiento?¹⁵⁵ ¿Qué ocurre si el contratista tras el

1594 es diferente al fundamento del lucro cesante del 1107 («Artículo 1594», *Comentarios...*, cit., p. 11278)

¹⁵³ Véase la STS de 13 de mayo de 1993 (RJ 1993/3546). La equivalencia indemnizatoria entre desistimiento e incumplimiento ha sido reconocida por el Tribunal Supremo más recientemente en la STS de 8 de noviembre de 2006 cuando afirma, en su fundamento jurídico tercero, que «Lo cierto es que, en el presente caso, esa disyuntiva es, en principio, intrascendente, por cuanto al mismo resultado e indemnización se llegaría aplicando el uno (el 1594, referido al contrato de obra, en cuanto estando la misma comenzada, e incompleta, el precepto faculta al dueño de ella a desistirla unilateralmente, debiendo de indemnizar a la otra parte —el contratista, o, en su caso el arquitecto o técnico que también pone su trabajo— de ‘todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella’), o el otro (el 1124, de aplicación general a todos los contratos, sobre resolución de los mismos por incumplimiento de la parte que reclama, con indemnización de daños y perjuicios), y por cuanto la indemnización es equivalente en uno y otro caso —es decir, tanto basada en la ‘utilidad’ dejada de obtener, como haciéndolo en el daño o perjuicio sufridos, que en la demanda se cifran como el ‘lucro cesante’» (RJ 2006/9419). También en la doctrina, A. MORALES MORENO afirma: «...creo que la facultad reconocida por el artículo 1594 puede ser extendida a otros contratos de prestación de servicios, hasta donde alcance la identidad de razón» (*Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010, p. 59).

¹⁵⁴ En este sentido J. CADARSO PALAU, «Notas en torno a algunas vicisitudes (extintivas, modificativas) del contrato de obra y su repercusión en el precio: I.- el desistimiento del dueño de la obra en el contrato de obra y la indemnización al contratista. II.- El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de los precios», *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos* (dir. por A. Juanes Peces), Cuadernos de Derecho judicial, XVII, CGPJ, Madrid, 1994, p. 199 y M.J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento...*cit., p. 469

¹⁵⁵ A juicio de F. LUCAS FERNÁNDEZ, es «conforme a la ratio del precepto que cualquier daño o perjuicio por cualquier otro concepto que tenga por causa el desistimiento debe ser comprendido en la indemnización» «Resolución, clausula penal y desistimiento en el contrato de obra», *Estudios homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, p. 2336.

desistimiento del cliente ha utilizado alternativamente sus recursos? ¿Podría haber un enriquecimiento injusto del contratista? ¿*Quid* si el contratista, pudiendo haber encontrado fácilmente una utilización alternativa de sus recursos, se mantiene dolosamente inactivo?¹⁵⁶ Estimamos que todas estas dificultades que conlleva la exégesis del artículo 1594 CC se obvian vinculando el desistimiento a las reglas generales de responsabilidad del artículo 1101 CC y ss. Por lo demás, permite superar otras críticas tales como que la respuesta indemnizatoria *abstracta* del 1594 CC, en la que el contratista no ha de probar la realidad del daño derivado del desistimiento del comitente, no es una solución adecuada.

En definitiva, nada impide en nuestro Derecho que, *de lege ferenda* y como regla general, cuando el cliente ponga fin a la relación (lo que podrá hacer en cualquier momento) se le apliquen la reglas indemnizatorias generales que le obligan a dejar indemne al proveedor del servicio que sufre el desistimiento, lo que se traduce en que debería colocarle en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado si hubiera cumplido adecuadamente la obligación¹⁵⁷. El cliente que, si bien causa un daño al proveedor, ejercita una facultad *legítima* responderá de los daños «*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*» (art. 1107.1 CC). Por lo demás, no deberán obviarse en la correcta cuantificación de los daños otras reglas generales en cuya virtud, v. gr., los beneficios obtenidos tras la realización por el prestador de un negocio sustitutivo y más beneficioso deberán tenerse en cuenta (*compensatio lucri cum damno*)¹⁵⁸ o aquella que obligaría al prestador del servicio a mitigar el daño sufrido por el desistimiento del cliente¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Reiteramos la sensata opinión de P. SALVADOR CODERCH, quien considera que el CC concede efectivamente una acción indemnizatoria hasta cubrir la utilidad contractual «pero ello no habrá de constituir una patente de corso para financiar la inactividad dolosa del contratista que, pudiendo fácilmente encontrar una utilización alternativa de sus recursos, decide no hacerlo así; el dueño de la obra que pruebe esta circunstancia podrá oponer la *exceptio doli*» («Artículo 1594... cit., p. 1204).

¹⁵⁷ Esto es, deberá indemnizarse el daño emergente o valor de la pérdida sufrida más lucro cesante o ganancia que se ha dejado de obtener. Recuérdese que, como afirma, L. DÍEZ-PICAZO, «...por definición ese lucro tiene mucho de contingente. La jurisprudencia aplica para concretar el lucro criterios de probabilidad, derivada del curso natural de las cosas y de las circunstancias del caso» (*Sistema...*, II-1, cit., p. 214).

¹⁵⁸ A juicio de A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, para decidir si los beneficios obtenidos por el profesional en una nueva actividad emprendida tras el desistimiento han de descontarse de la indemnización debida por el cliente, han de distinguirse dos situaciones. La primera, si el profesional hubiera podido obtener tales beneficios aun desempeñando el servicio del que el cliente desiste: probablemente el resarcimiento ha de ser integral, porque es posible acumular las ganancias. La segunda, si la obtención de los beneficios de la nueva actividad sólo hubiera sido posible gracias al primer desistimiento, entonces ha de detraerse de la indemnización a causa del desistimiento las ganancias nuevas obtenidas ya que la nueva ganancia se coloca desde el punto de vista económico en el lugar del servicio primero («El desistimiento...», cit., p. 728).

¹⁵⁹ En términos de A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, cabe preguntarse si debe retraerse del resarcimiento debido el beneficio que el profesional hubiera podido conseguir en otros servicios si hubiera mostrado más diligencia. Compartimos la idea de que sí se podrá detraer una cantidad de la indemnización debida por el cliente, aunque el problema es la aplicación práctica de esta medida, ya que resulta dificultoso

Ahora bien, esta regla general que obliga al cliente a resarcir los daños causados al profesional a fin de garantizar su indemnidad puede y debe excepcionarse también si concurre una causa que explica su actuación; esto es, si el desistimiento está justificado no estará obligado el cliente a indemnizar al prestador y ello sucederá en los casos que a continuación detallamos.

En primer lugar, igual que en la propuesta del DCFR (IV.C-2:111 (5) a), también estará justificado que el cliente no indemnice al prestador tras el desistimiento si el contrato de servicios, en base al principio de la libre autonomía de la voluntad, así lo contempla expresamente. En el clausulado negocial el cliente puede tener atribuida la facultad de desistir sin obligación indemnizatoria aneja y no nos cabe ninguna duda de que, en este caso, la autonomía contractual debe priorizarse, prevaleciendo lo pactado por las partes. Si la indemnización que, como regla, acompaña al desistimiento del cliente está dirigida a tutelar los intereses del prestador, no trascendiendo a otros sujetos distintos de las partes contratantes, nada impide que el prestador pueda renunciar contractualmente a la misma. Ya la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo sin dificultad la resolución contractual del cliente en los términos pactados por las partes, lo que, además, en estas modalidades contractuales, como afirma P. De Barrón Arniches, es muy frecuente¹⁶⁰.

En segundo término, también el incumplimiento contractual del prestador del servicio [que propone el IV.C-2:111 (5) b)] puede ser en nuestro Ordenamiento una justa causa que permita al cliente dar por terminado el contrato sin obligación de indemnizar. El cliente puede desistir empujado por la conducta contraria a lo dispuesto en el contrato por parte del prestador del servicio y tal incumplimiento contractual puede justificar que aquél no tenga que indemnizar¹⁶¹.

apreciar cuando —con la diligencia debida— se hubiera conseguido prestar otro servicio («el desistimiento...», cit., p. 729).

¹⁶⁰ *Derecho Europeo...*cit., p. 1203. Puede verse la STS de 24 de junio de 2010 en la que, en un supuesto de contratación de los servicios de un abogado por una Sociedad Anónima, el alto Tribunal acepta la validez y eficacia de la cláusula insertada en el contrato que prevé la posibilidad de la Sociedad de prescindir de los servicios del letrado, con el derecho de éste —en este caso— a recibir una indemnización conforme a la aplicación de las reglas a tal efecto también previstas. Se nos dice que trata de una resolución convencional pactada incorporada al contrato en base al principio de la libre autonomía de la voluntad, que no constituye cláusula penal alguna: «si el contrato previno la posibilidad de que la arrendataria desistiese unilateralmente del mismo, con la correlativa obligación de indemnizar al demandante en los términos establecidos, la alusión al 1154 del Código Civil resulta inadecuada» (RJ 2010/3902)

¹⁶¹ Puede verse la sentencia de 14 febrero de 1984 (RJ 1984/658) en cuyo supuesto de hecho «Servicios Médicos de la Banca Oficial» resuelve unilateralmente el contrato de arrendamiento de servicios médicos con el prestador de los mismos (médico ginecólogo) basando su actuación en el incumplimiento de las obligaciones por parte del facultativo. En el contrato se habían pactado algunas causas de desistimiento —v. gr. negligencia, incapacidad física, falta de ética del médico—, acordándose también que si el desistimiento fuera sin causa justificada habría obligación de indemnizar. El TS consideró que en modo alguno quedó acreditado un verdadero y propio incumplimiento del facultativo que fuera justa

Por lo demás, como pone de manifiesto P. De Barrón Arniches, en la Propuesta de Modificación del Código Civil¹⁶², la resolución contractual se encaja dentro de la nueva concepción de incumplimiento contractual¹⁶³; se prevé en el incumplimiento esencial de la prestación y en el retraso o falta de conformidad e, incluso, en los supuestos de incumplimiento anticipado. Con lo que la futura norma del CC se aproximaría bastante a los supuestos previstos en el apartado 5 (b) del Artículo IV.C.-2:111¹⁶⁴.

causa de la resolución del contrato, por ello entendió que la entidad colaboradora debía indemnizar al médico por desistimiento unilateral injustificado.

También al respecto, la STS 31 octubre de 1992 (RJ 1992/ 8358) que enjuició un supuesto en el que el director de un periódico demandó a la Administración civil del Estado pidiendo una indemnización por desistimiento unilateral de un contrato de dirección periodística. En casación, el abogado del Estado alegó que el deber de indemnización quedaba excluido porque había una justa causa para el desistimiento (el incumplimiento del contrato por parte del director, que había trabajado para otras entidades al mismo tiempo), sin embargo, el TS entendió que el desistimiento era injustificado (por lo que había obligación de indemnizar) porque no había un verdadero incumplimiento al existir por parte del ente administrativo actos propios que toleraban, e incluso consentían, dicha actividad paracontractual del director.

En fechas más recientes, en la STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007/3881) puede leerse que: «La resolución unilateral lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo pactado en el contrato, si es el caso, pues los contratantes, en el uso de su libertad de obligarse, pueden subordinar la denuncia unilateral del contrato al abono de una indemnización, aun cuando se produzca por pérdida de la confianza en el abogado. Sin embargo,[...] esta indemnización se excluye por incumplimiento resolutorio si se prueba suficientemente un incumplimiento grave que justifique la extinción del contrato por privar a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Este incumplimiento puede derivar, en el caso de prestación de servicios por la Abogacía, en la existencia de una situación de conflicto de intereses suficientemente relevante para justificar no sólo la quiebra subjetiva de la relación de confianza, sino que ésta tiene su fundamento en un incumplimiento grave del deber de fidelidad que forma parte del contenido prestacional del contrato».

¹⁶² Boletín de información, año LXIII, Madrid, enero de 2009.

¹⁶³ Se entiende que hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación o cualquier otro deber que de la relación obligatoria resulte:

art. 1188 PMCC: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten.

Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque» de manera que el deudor no se exonera por no haber sido culpable sino sólo cuando concurren las causas legales de exoneración

art. 1209 PMCC: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1ª Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2ª Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.

La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo.

Lo dispuesto en este artículo no impide el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código».

¹⁶⁴ Derecho europeo...cit., p. 1204.

La tercera situación en la que el cliente no estará obligado a indemnizar —que es aquella en la que su derecho de desistimiento del contrato está justificado porque se trata de una relación de duración indefinida, y siempre que preavise en plazo razonable su intención [IV.C-2:111 5c) DCFR]—, es la que menor duda ofrece sobre su compatibilidad. Es conocido que la doctrina¹⁶⁵ eleva a rango de principio general la facultad de desistimiento *ad nutum* en los contratos duraderos por tiempo indeterminado partiendo del apoyo que le ofrece la jurisprudencia que —admitiendo su carácter de derecho potestativo¹⁶⁶, como instrumento válido para evitar situaciones de perpetuidad no admitidas por el Ordenamiento— rechaza como regla que el desistimiento produzca *per se* el resarcimiento de los daños producidos por la resolución misma (aunque, como excepción, concede indemnización por el perjuicio ilegítimo sufrido a quien soporta el desistimiento si hay un ejercicio abusivo del mismo o conlleva un enriquecimiento injusto para el disidente)¹⁶⁷. Ninguna duda ofrece, a nuestro parecer, que es admitido en el Ordenamiento el desistimiento *ad nutum*, con preaviso y sin consecuencias indemnizatorias cuando el contrato es de duración indeterminada (a salvo —obviamente— de la liquidación resultante¹⁶⁸).

Por último, más allá de la integración en el Derecho positivo de la Propuesta del DCFR que —como creemos haber justificado— no ofrece reticencias, pensamos que, en una futura reglamentación española del contrato de servicios, debería añadirse una cuarta situación en la que también debería excepcionarse la obligación indemnizatoria del cliente que desiste. Nos referimos a supuestos de *contratos intuitu personae*, siempre que razonablemente se justifique la ruptura de la relación de confianza.

En la doctrina hay opiniones contrarias sobre si la pérdida de confianza en los contratos *intuitu personae* es o no una causa que puede justificar el desistimiento sin obligación indemnizatoria del cliente. Así, parece negarlo M.T. Alonso Pérez, para quien la admisión de la pérdida de confianza como justa causa para el desistimiento unilateral conduciría a una libertad absoluta del prestatario para desistir del contrato, ya que la presencia o ausencia de confianza en el desempeño de la labor del prestador es algo subjetivo que compete determinarlo únicamente al prestatario¹⁶⁹.

En cambio, A. Rodríguez Guitián, en relación a los servicios de los profesionales liberales —donde, por lo demás, en mayor medida se plantea esta cuestión—, considera, a nuestro criterio con más acierto, que la pérdida de confianza del cliente puede estimarse como justa causa que exonere al que desiste de indemnizar al profesional. En sus propios términos «en esta clase de relaciones contractuales se elige al profesional en virtud de sus específicas cualidades y ello genera como consecuencia una relación de mutua confianza entre las partes contratantes. La confianza (noción en

¹⁶⁵ Por todos, M. KLEIN, *El desistimiento...*cit., p. 140 y 147

¹⁶⁶ Véase la STS de 19 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5565)

¹⁶⁷ Véase STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2224)

¹⁶⁸ C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos...*cit., p. 159

¹⁶⁹ «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (estudio jurisprudencial)», *Aranzadi Civil*, 1998, I-III, p. 178.

sí misma subjetiva) se adquiere o se pierde en virtud de razones objetivas. [...] Es posible exigir al contratante que desiste que alegue y demuestre razones susceptibles de justificar el cambio de opinión sufrido respecto de la persona del otro contratante. De manera que la simple arbitrariedad del contratante que desiste, es decir, «*desisto porque no me apetece ya que esta persona siga con el encargo encomendado*», no debe impedir su desistimiento, pero se conserva intacto el deber de indemnizar los daños que se deriven para el otro contratante a causa del desistimiento»¹⁷⁰.

Y esta parece ser —compartiendo la opinión de A. Rodríguez Guitián—, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que, entrando a valorar la pérdida de confianza alegada por el cliente que desiste, ha mantenido que subsiste la obligación indemnizatoria cuando no quedan de manera objetiva y suficientemente acreditados o justificados los hechos en los que el cliente basa su pérdida de confianza¹⁷¹.

En definitiva, opinamos que ninguna dificultad ofrece la implementación en nuestro Derecho de las reglas que propone el DCFR en materia de consecuencias indemnizatorias del derecho de desistimiento del cliente; si bien, en una futura reglamentación estatal —que, pensamos, debería partir de la Propuesta de Borrador de la Comisión de Codificación, con las modificaciones oportunas— debería adicionarse, como causa que también justificase la carencia de pretensión indemnizatoria del prestador frente al cliente desistente, la ruptura justificada de la relación de confianza en las relaciones de servicio *intuitu personae*¹⁷².

6.4 ¿Quid si el cliente es un consumidor?

Es necesario reflexionar, en última instancia, sobre si el régimen jurídico del derecho de desistimiento del cliente que proponemos dentro del eventual régimen común del contrato de servicios debería atender a la circunstancia de que en su persona concurriera la doble condición de cliente y consumidor.

¹⁷⁰ «El desistimiento...», cit., p. 725.

¹⁷¹ STS de 17 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4544). STS de 29 abril 1998 (RJ 1998/2601). En la reciente Sentencia de 26 de noviembre de 2013, en relación a un contrato de prestación de servicios suscrito con un abogado, la Audiencia Provincial de Sevilla expresa que «no puede perderse de vista que, como correctamente se apunta en la sentencia e indica el Tribunal Supremo en sentencias como las anteriormente transcritas, nos encontramos ante un contrato *intuitu personae*, en el que la confianza en quien ha de prestar el servicio es fundamental y que, por tanto ha de permitir la resolución unilateral cuando tal confianza desaparece y sin indemnización si lo hace con causa justificada, cosa que, sin duda, había ocurrido en este caso, pues es evidente que el nuevo Consejo Rector elegido por la junta desconfiaba del Sr. [abogado], [...] que como veremos había cobrado cantidades superiores a las acordadas en el contrato» (JUR 2014/48926).

¹⁷² A nuestro juicio, la quiebra de la relación de confianza deberá estar basada siempre en razones objetivas que la justifiquen; razones que, en ocasiones, podrán constituir un incumplimiento grave del prestador, en cuyo caso también este incumplimiento contractual podría permitir al cliente dar por terminado el contrato sin obligación de indemnizar.

Que el cliente sea un consumidor sí ha sido tenido en cuenta, en general, en el ámbito de aplicación de las normas comunes sobre contratos de servicios, en el borrador de anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación, cuyo artículo 1581.4 dispone que

«[S]alvo disposición en contrario, las partes pueden excluir la aplicación de las presentes disposiciones o modificar sus efectos; pero si el cliente fuera un consumidor, será aplicable la legislación específica sobre la materia».

Este precepto, como vemos, tras establecer que las reglas reguladoras del contrato de servicios (cuyos receptores en general podrían ser usuarios o no serlo) tienen carácter dispositivo¹⁷³, se detiene específicamente en las relaciones contractuales en las que el cliente es un consumidor, a los efectos de vincularlas a su específica legislación que, por el contrario, puede tener carácter imperativo. Por tanto, las reglas aplicables a los contratos de servicios celebrados por consumidores podrán ser imperativas, pero la imperatividad vendrá dada por la propia legislación especial que desplazará al dispositivo régimen común del contrato de servicio.

Pues bien, sería sensato que *de lege ferenda* se respetara el texto de este artículo que claramente se inspira en la propuesta europea del DCFR que, en su libro II, dentro de sus disposiciones generales en materia de contratos (artículo 1:102), partiendo de que la libertad contractual es un principio fundamental, señala que no obstante la autonomía de las partes para decidir el contenido de un contrato está sujeta a lo establecido por las normas de obligado cumplimiento¹⁷⁴.

Y, dentro de la observancia de esta regla general, por lo que al derecho de desistimiento se refiere, pensamos que cuando el cliente sea un consumidor debería superponerse al régimen común que hemos propuesto la legislación específica de consumo, en la que, los imperativos artículos 62 y 74.4 TRLGDCU¹⁷⁵, en relación a los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, atribuyen al consumidor un derecho a desistir o —en sus propios

¹⁷³ Sobre este carácter dispositivo insisten los autores del DCFR, para quienes en los contratos de servicios la aplicación del principio de autonomía de las partes (II-1:102) es especialmente relevante, ya que en la práctica —afirman— muchos de estos contratos se rigen por cláusulas contractuales cuidadosamente redactadas, en muchas ocasiones basadas en cláusulas generales creadas para todo un sector. El resultado de esto —nos dicen— es que el juego las reglas predispuestas aplicables por defecto es bastante infrecuente en ciertos tipos de contratos de servicios (VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1598).

¹⁷⁴ Art. 1:102: Autonomía de las partes

(1) Las partes son libres de celebrar un contrato o cualquier otro acto jurídico así como de decidir su contenido, con sujeción a las normas imperativas aplicables

¹⁷⁵ La disposición del artículo 62, que ha mantenido su vigencia en la nueva redacción dada al TRLGDCU por la Ley 3/2014, trae causa del artículo 12 de la LGDCU de 1984, que fue modificado por la Ley 44/2006 de mejora de protección de los consumidores y usuarios con la pretensión de solventar el constatado déficit de protección que los consumidores sufrían en el ámbito de determinados contratos de servicios, tales como telefonía, internet u otros contratos de suministro. Por su parte, el artículo 74.4, con idéntica pretensión tuitiva, fue incorporado por la Ley 3/2014.

términos—un «derecho a poner fin al contrato», disponiendo que podrá ejercitarlo en la misma forma que celebró el contrato y, en cuanto a sus consecuencias, previendo que su ejercicio no podrá acarrearle sanciones o cargas desproporcionadas, que deberán ser proporcionales al número de días no efectivos del compromiso acordado¹⁷⁶. Estas disposiciones de obligado cumplimiento —cuya imperatividad se fundamenta en la necesidad de protección y prevalencia del interés del consumidor-cliente de este tipo de servicios frente al de las empresas prestadoras de los mismos— deberían, a nuestro juicio, ser preferentes y limitar la aplicación de las dispositivas reglas comunes.

Por último, creemos que el hecho de que en relación a estos determinados servicios de tracto continuado deba aplicarse, cuando son celebrados por consumidores, la legislación especial, no permite deducir que, como regla, esta legislación de consumo deba disciplinar todos los contratos de servicio en los que intervengan usuarios. Aunque la amplitud de conceptos que baraja el propio Texto Refundido permita considerar como empresarios a ciertos profesionales liberales que típicamente prestan servicios (v. gr. abogados o arquitectos), sus relaciones contractuales no deben quedar sometidas de manera general a las reglas de consumo por el hecho de que también su cliente pueda ser calificado como usuario. Compartimos con P. De Barrón Arniches que en España los contratos de servicios, como regla (este añadido es nuestro), no encajan dentro de la órbita de la regulación de la defensa de los consumidores. Esta normativa protectora está concebida, fundamentalmente (de nuevo, añadido propio), para el contrato de compraventa de bienes de consumo, pero no para el de servicios¹⁷⁷.

7. EPÍLOGO

¹⁷⁶ Art. 62 TRLGDCU: «[...] En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de trato sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato».

Art.74.4 TRLGDCU: «En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado».

¹⁷⁷ El contrato... cit., p. 54. A su juicio, v. gr., «En el contrato de asesoramiento profesional, el hecho de que el prestador del servicio sea un experto en la materia de la que la otra parte no tiene conocimientos no ha de identificarse, *a priori*, con una posición de desigualdad contractual, al contrario, es precisamente ese mayor conocimiento intelectual el que da sentido a la actividad profesional del asesoramiento».

Compartimos con los autores del DCFR¹⁷⁸ que posibilitar al cliente la resolución unilateral del contrato de servicio sin que exista motivo alguno, más allá de su soberana voluntad, es sencillamente admitir su interés legítimo en que no continúe prestándosele un servicio, y ello debe permitírsele siempre que los intereses económicos del prestador estén protegidos. Por tanto, el derecho del cliente a desistir del contrato es una buena herramienta siempre que se acompañe, como regla, de una indemnización económica al prestador que le compense los daños derivados de la resolución.

No reconocer al cliente este derecho a resolver unilateralmente el contrato sin motivo conduciría en realidad a los mismos resultados, ya que éste tendría que pagar una indemnización similar por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La diferencia esencial entre estos dos sistemas estaría en el cumplimiento específico que, de no admitirse el libre derecho de desistimiento, podría conducir a la poco razonable situación en la que el cliente tuviera que aceptar la prestación del servicio —en muchos casos de naturaleza muy personal— no deseado. Por ello, es sensata la opción de proteger el interés del cliente, de que no tenga que tolerar un servicio que ya no quiere, por encima del interés del proveedor del servicio de poder continuar prestándolo, si bien compensando a este último con una indemnización económica que cubra toda pérdida provocada por la resolución.

BIBLIOGRAFÍA:

ABRIL CAMPOY, M., «Artículo 1594», *Jurisprudencia civil comentada*, dir. M. Pasquau Liaño, Granada, 2009.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II-II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 10ª ed., Barcelona, 1997.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Artículo 1594», *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013.

ALONSO PÉREZ, M.T., «El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (estudio jurisprudencial)», *Aranzadi Civil*, 1998 I-III.

ALONSO PÉREZ, M.T. y ALMAGRO MARTÍN, C., *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Madrid, 2014.

ALVAREZ MORENO, M.T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, 2000.

ARROYO I AMAYUELAS, E., «Configuració i tipologia desl contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del Marc Europeu», XVI Jornadas de Dret Català en Tossa,

¹⁷⁸ VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles...*, v. 2, cit., p. 1697.

23-24 septiembre 2010 (<http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/index.htm> [Consulta: 19.04.2015]).

BAILLOD, R., «Le droit de repentir», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1984.

BARENDRECHT, M. JANSEN, C., LOOS, M., PINNA, A., CASCAO, R., VAN GULIJK, S., *Principles of a european Law: Service Contracts (PEL SC)*, Munich, 2007.

BADOSA, F., «Artículo 1775», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BELUCHE RINCÓN, I., «Novedades introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el TRLGDCU: ¿Un nuevo régimen jurídico general del derecho de desistimiento del consumidor», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 35, 2014.

CADARSO PALAU, J., «Notas en torno a algunas vicisitudes (extintivas, modificativas) del contrato de obra y su repercusión en el precio: I.- el desistimiento del dueño de la obra en el contrato de obra y la indemnización al contratista. II.- El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de los precios», *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos* (dir. A. Juanes Peces), *Cuadernos de Derecho judicial*, XVII, CGPJ, Madrid, 1994.

CAPILLA RONCERO, F., «Desistimiento», *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995.

CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L. H., «Comentario a la STS 8 de julio de 1983», *CCJC*, 1983 (3).

CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, Madrid, 1984.

CRESPO, C., «Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el derecho español y en el DCFR», en E. Bosch Capdevila (dir), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, 2012.

CRESPO, C., «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», www.indret.com, abril 2013.

CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», *RDPr*, 1995.

CUESTA, Y. «Què esperem d'una nova regulació dels serveis?», XVI Jornadas de Dret Català en Tossa, 23-24 septiembre 2010 (<http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/index.htm> [Consulta: 19.04.2015]).

DE BARRÓN ARNICHES, P., «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», www.Indret.com, 3/2008.

DE BARRÓN ARNICHES, P., «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR», en *Derecho*

contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas, coord. E. Bosch Capdevila, 2009.

DE BARRÓN ARNICHES, P., «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español», *BMJ* nº 2134, septiembre 2011.

DE BARRÓN ARNICHES, P., *El contrato de servicios en el nuevo derecho contractual europeo*, Madrid, 2011.

DE BARRÓN ARNICHES, P., *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco común de Referencia*, Tomo II, coord. A. Vaquer, E. Bosh Capdevila y M.P. Sánchez González, Barcelona, 2012.

DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», www.indret.com, mayo 2009

DÍEZ-PICAZO, L., «Artículo 1256», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Cizur Menor, 2008.

DOMINGUEZ LUELMO, A., «Derecho de desistimiento», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, coord. Sergio Cámara Lapuente y Esther Arroyo i Amayuelas, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 209-236.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «Contrato de servicios», en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 15 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, pp. 601-659.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «El contrato de servicios» (<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm> [Consulta: 19.04.2015]).

ESPIAU ESPIAU, S., *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Aranzadi Civil, 1998-I.

FERRER I RIBA, J., «Vicissituds en la prestació des serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte», XVI Jornadas de Dret Català en Tossa, 23-24 septiembre 2010 (<http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/index.htm> [Consulta: 19.04.2015]).

GÁLVEZ, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.

GARCÍA SUÁREZ, M.C., Enmiendas del Senado. Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, *BOCG. Congreso de los Diputados*, Serie A, nº 83-1, de 31 de marzo de 2006.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, 1996.

GORDILLO, A., «Artículo 1732», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra*, coord. J. González García, Jaén, 1996.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Resolución, clausula penal y desistimiento en el contrato de obra», *Estudios homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003.

MACANÁS VICENTE, G., «La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)», *Estudios sobre incumplimiento y resolución* coord. Por I. González Pacanowska y C.L. García Pérez, Cizur Menor, 2014.

MEDICUS, D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, edición española por A. Martínez Sarrión, Barcelona, 1995.

MORALES MORENO, A.M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006.

MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010.

MORILLO GONZALEZ, F., «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *Aranzadi Civil*, 1999-I.

NANCLARES VALLE, J., *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, coord. E. Valpuesta Gastaminza, Barcelona, 2011.

ORTEGA DÍAZ, J.F., «Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *RCDI*, 2008.

PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley Orgánica complementaria*, dir. Piñar Mañas y Beltrán Sánchez, Madrid, 1997.

REYES LÓPEZ, M.J., «La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, febrero 2015.

RIBALTA HARO, J., *Derecho europeo de los contratos, Libros II y IV del Marco común de Referencia*, Tomo II, coord. A. Vaquer, E. Bosh Capdevila y M.P. Sánchez González, Barcelona, 2012

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales», *ADC*, 2001- II.

RODRÍGUEZ MORATA, F., «Artículo 1594 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz, Cizur Menor, 2001

RODRIGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.

SALVADOR CODERCH, P., «Artículo 1594», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SEVERÍN, F.G., *Los contratos de servicio: su construcción como categoría contractual y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Tesis doctoral inédita UAM 2014, (<https://repositorio.uam.es/handle/10486/660666> [Consulta: 19.04.2015]).

SIRVENT, J., «El depósito como contrato de servicios. Notas para su reforma a la luz del Marco Común de Referencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015 (en prensa).

SOLA TEYSSIERE, J., *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen Jurídico y control administrativo*, Valencia, 2002.

SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», www.indret.com, mayo de 2009.

TORRES LANA, J.A., «Artículo 1583», *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

VALPUESTA, E., *Contratos Mercantiles*, I, dir. M. De La Cuesta Rute, Barcelona, 2009.

VALPUESTA, E., *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, 2011.

VAQUER ALOY, A., «Contrato de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, Cizur Menor, 2012.

VAQUERO PINTO, M.J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, 2005.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, Madrid, 2009.

VON BAR, Ch., CLIVE, E., (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Munich, 2009, v. 2, p. 1602 (http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf [Consulta: 19.04.2015]).

Fecha de recepción: 20.04.2015

Fecha de aceptación: 28.05.2015